التوضيح
شرح مختصر ابن الحاجب
في فقه الإمام مالك

تأليف
الشيخ خليل بن إسحاق المالكي
المتوفى ٧٧٦ هـ

تحقيق
محمد عثمان

الجزء الثالث

يحتوي على الكتب التالية:
الصيد - الذبائح - الأضحية - الأيمان والنذور - الجهاد - الجزية - النكاح



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

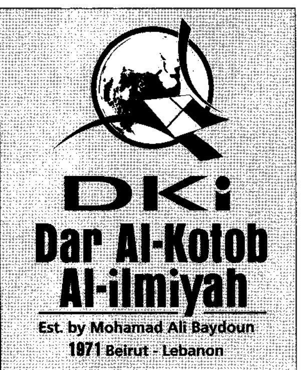
http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title : AL-TAWḌĪḤ
ŠARḤ MUḪTAṢAR IBN AL-ḤĀJIB

Classification: Malikit Jurisprudence
Author : Al-šayḫ Ḫalīl ben Isḥāq al-Māliqi
Editor : Muḥammad ʿUṯmān
Publisher : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
Pages : 4448 (7 volumes)
Size : 17*24
Year : 2011
Printed in : Lebanon
Edition : 1st

الكتاب : التوضيح
شرح مختصر ابن الحاجب

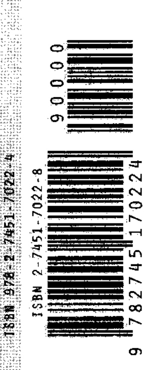
التصنيف : فقه مالكي
المؤلف : الشيخ خليل بن إسحاق المالكي
المحقق : محمد عثمان
الناشر : دار الكتب العلميــة – بيروت
عدد الصفحات : 4448 (7 أجزاء)
قياس الصفحات: 24*17
سنة الطباعة : 2011
بلد الطباعة : لبنــان
الطبعة : الأولى



Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٠٥٨٠٤٨١٠/١١/١٢ +٩٦١
فاكس: ٠٥٨٠٤٨١٣ +٩٦١
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-7022-4



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد

(ص): (الصيد[1] جائزٌ بإجماع.......[2])

(ش): لعله ذكر هذا الباب، إثر باب الحج، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: 2].

وحكمة مشروعيته لمن حَلّ من الإحرام: التنبيه على أن العبد إذا امتثل ما أُمِرَ به، وحبس نفسه عما نُهِيَ عنه، فإن المولى يكرمه بأن يحل له ما حرَّم عليه، ألا ترى أن الخمر في الدنيا حرام، ومن حبس نفسه عنها في الدنيا، فإن الله يبيحها له في الآخرة.

والإجماع على جوازه في حق من كان عيشه ذلك، والمشهور أن صيد اللهو مكروه، وأباحه ابن عبد الحكم، وروى ابن الماجشون ومطرف، أن مالكًا استخف ذلك لأهل البادية؛ إذ لا غنى لهم عنه، وكرهه في حق أهل الحاضرة، ولا إشكال أنه يعرض له من حيث الجملة الأحكام الخمسة.

(ص): (الصائد، والمصيد به، والمصيد. الصائد: كل مسلم يصح منه القصد إلى الاصطياد، فلا يصح من الكتابي على المشهور، والمجوسي اتفاقًا، بخلاف صيد البحر)

(ش): أي: أركانه الثلاثة، ثم تكلم على الأول، وذكر أن المشهور منع صيد الكتابي، واحتج على ذلك في "المدونة[3]"، بقوله تعالى: ﴿لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللهُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: 94]، وفيه نظر، لأنه قد اختلف في المراد بهذه الآية، فقيل: المراد بها إباحة الصيد، وقيل: منعه، واختاره اللخمي، وغيره، وأن المراد الامتناع في حال الإحرام، والابتلاء: الاختبار لمن يصبر عنه؛ ولقوله: ﴿لِيَعْلَمَ اللهُ

---

(1) اسم للمصيد والصيد ما كان ممتنعاً ولم يكن له مالك وكان حلالا أكله فإذا اجتمعت فيه هذه الخلال فهو صيد. انظر: النظم المستعذب: 1/229.

(2) انظر: جامع الأمهات: 1/219.

(3) المدونة الكبرى 1 / 524.

مَنْ يَخَافُهُ بِالْغَيْبِ﴾، ولقوله: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [المائدة:٩٤].

والأقرب أن مراد المصنف بالشاذ، الإباحة، لأنها تقابل المنع حقيقة، وهو قول ابن وهب وأشهب، واختاره الباجي، وابن يونس، واللخمي؛ لأنه من طعامهم، إذ كل أمة تصيد، وقد أباح الله طعامهم.

ويحتمل أن يريد الكراهة، وهو قول مالك في "الموازية"، وقول ابن حبيب.

ابن بشير: ويمكن حمل " المدونة[١] " على الكراهة.

ولا يصح من المجوسي باتفاق.

مالك: ولا يؤكل صيد الصابئ، ولا ذبيحته. مجاهد: وهم قوم بين اليهود، والمجوس.

ووجه مخالفة صيد البحر ظاهر، إذ ميتته حلال.

(ص): (**ولا من المجنون والسكران والصبي غير المميز**)

(**ش**): هذا راجع إلى قوله: (يصح منه القصد)؛ لأن الصيد يحتاج إلى نية، ولا تصح منهم.

والمشهور أن المرأة والمميز كالبالغ، وكرهه أبو مصعب.

(ص): (**وشرطه: أن يرسله فلو انبعث من غير إرسال لم يؤكل، ولم تُفِد تقويته على المشهور**)

(ش): شرط إباحة الصيد الإرسال له لِمَا رواه البخاري ومسلم وغيرهما، عن عدي بن حاتم، قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي أُرْسِلُ الْكِلابَ الْمُعَلَّمَةَ، فَيُمْسِكْنَ عَلَيَّ وَأَذْكُرُ اسْمَ اللهِ، فَقَالَ: "إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ، وَذَكَرْتَ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ، فَكُلْ مَا أَمْسَكْنَ عَلَيْكَ"، قُلْتُ: وَإِنْ قَتَلْنَ، قَالَ: "وَإِنْ قَتَلْنَ مَا لَمْ يَشْرَكْهَا كَلْبٌ لَيْسَ مَعَهَا"، قُلْتُ لَهُ: فَإِنِّي أَرْمِي بِالْمِعْرَاضِ الصَّيْدَ فَأُصِيبُ، فَقَالَ: "إِذَا رَمَيْتَ بِالْمِعْرَاضِ فَخَزَقَ فَكُلْهُ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِعَرْضِهِ فَلا تَأْكُلْهُ"[٢].

وفي رواية: "إِلا أَنْ يَكُونَ الكَلْبُ أَكَلَ مِنْهُ، فَإِنْ أَكَلَ فَلا تَأْكُلْ، فَإِنِّي أَخَافُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ خَالَطَهَا كِلابٌ مِنْ غَيْرِهَا فَلا تَأْكُلْ، فَإِنَّمَا سَمَّيْتَ عَلَى

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٥.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (١٧٥) ومسلم، برقم (١٩٢٩) كلاهما من حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه.

كَلْبِكَ، وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى غَيْرِه"[١].

وفيه: "إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ المُكَلَّبَ، فَاذْكُرِ اسْمَ اللهِ، فَإِنْ أَمْسَكَ عَلَيْكَ، فَأَدْرَكْتَهُ حَيًّا فَاذْبَحْهُ، وَإِنْ أَدْرَكْتَهُ، قَدْ قَتَلَ، وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ فَكُلْهُ، فَإِنَّ أَخْذَ الكَلْبِ ذَكَاته".

وفيه أيضًا: "إِذَا رَمَيْتَ بِسَهْمِكَ فَاذْكُرِ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ"[٢].

وفيه: "فَإِنْ غَابَ عَنْكَ يَوْمًا، أَوْ يَوْمَيْنِ".

وفي رواية: "اليَوْمَيْنِ وَالثَّلاثَة، فَلَمْ تَجِدْ فِيهِ إلا أَثَرَ سَهْمِكَ، فَكُلْ، إِنْ شِئْتَ، فَإِنْ وَجَدْتَهُ غَرِيْقًا فِي المَاءِ، فَلا تَأْكُلْ، فَإِنَّكَ لا تَدْرِي المَاءُ قَتَلَهُ، أَوْ سَهْمُكَ"[٣].

والمشهور كما ذكرنا أنه لا يفيد تقويته، إذا انبعث أولا من غير إرسال، وأجاز أصبغ أكل ما يبتدئ الكلب طلبه، إذا اتبعه ربه بالإشلاء، والتحريض، والتسمية. ابن المواز: ولا يعجبني.

ومنشأ الخلاف: هل التقوية إرسال، أو لا؟

ولابن الماجشون قول ثالث: إن زادته التقوية قوة أكل، وإلا فلا.

وفي بعض النسخ عوض (تقويته): تفويته بالفاء ن وفي بعضها: توثيبه بالثاء المثلثة، والمعنى متقارب.

(ص): (ولو أرسله وليس في يده، ففيها: يؤكل، ثم رجع، واختير الأول، وثالثها: إن كان قريبًا أُكِلَ)

(ش): الأولان كما ذكر في "المدونة[٤]".

ومنشأ الخلاف: هل ذلك إرسال أم لا؟

وإنما رجع مالك إلى عدم الأكل لجواز أن يكون الكلب قد رأى الصيد، فوافق انبعاثه من نفسه، إشلاء صاحبه.

واختار ابن القاسم فيها، والتونسي، واللخمي: الأكل، ورأوا أنه لا فرق بين أن

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٥٤٨٣) ومسلم، برقم (١٩٢٩) كلاهما من حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه.

(٢) أخرجه الترمذي، برقم (١٧٩٧) من حديث أبي ثعلبة الخشني، رضي الله عنه، وقال حسن صحيح.

(٣) انظر: صحيح البخاري، رقم (٢٤٨٥) ومسلم رقم (١٩٣١).

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٥.

يكون الخارج في يده أو معه؛ لأنه إنما انبعث بأشلائه.

والثالث لابن حبيب.

(ص): (**ولو أرسله، ثم ظهر ترك، ثم انبعث، لم يُفِد، وقال اللخمي: تخرج على قولين من إرسال يقتل به اثنين فصاعدا**)

(**ش**): يعني: لو أرسل الخارج، فانبعث على الصيد، ثم ظهر منه ترك لما أرسل عليه بتشاغله بميّتة أو كلب وقف معه، ثم انبعث ثانيًا، حتى أخذه، فإنه لا يؤكل، ولا إشكال في هذا، إن كان تشاغله كثير.

اللخمي: ويختلف فيه إذا كان الاشتغال الخفيف، وظاهر " المدونة[1] " أنه لا يؤكل؛ لأنه قال: إذا مر الكلب بكلب، فوقف يشمه، أو على جيفة فأكل منها، أو عجز الطائر، فسقط على موضع، أو عطف راجعًا فقد خرج عن ذلك الإرسال، ولم يفرِّق بين قليل ذلك، ولا كثيره.

وقال: إذا أرسل على جماعة، فأخذ اثنين منها أنهما يؤكلان.

ولم ير اشتغاله بالأول قطعًا للثاني، وقد قيل: لا يؤكل الثاني، والصواب: أن الشيء اليسير لا يقطع عن حكم الأول، انتهى.

وفرّق المازري وابن بشير بما حاصله أنه في الأول تشاغل بغير ما أرسل له بخلاف الثاني.

زاد المازري: ويؤكد هذا قول ابن القاسم: إن من أرسل كلبًا على جماعة صيد، ولم يرد واحدًا دون الآخر، فأخذها كلها، أنه يأكل ما أخذ، وقد تكون من الكثرة، بحيث لا يأتي عليها إلا بعد طول، واللخمي أشار إلى ارتفاع الخلاف، مع طول الزمان.

(ص): (**ويُسمّي عند الإرسال، فلو تركها عامدًا، متهاونًا، أو غير متهاون، لم تؤكل على المعروف، وناسيًا يصحُّ**)

(**ش**): للحديث المتقدم، وما ذكروه من الفرق بين النسيان والعمد، مذهب "المدونة[2]".

واختلف أصحابنا في تأويله: فمنهم من حمله على التحريم، ثم افترق هؤلاء

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٥.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٥.

على فرقتين:

الأولى: أن التسمية سُنَّة، وحرم الأكل مع العمد، لئلا يُستخف بالسنن، وهو تأويل عبد الوهاب.

والثاني: أنها واجبة مع الذكر، ساقطة، مع النسيان.

ومنهم من حمله على الكراهة، وهو اختيار الأبهري، وابن جهم، وهذا هو مقابل المعروف، ونقله صاحب " الإكمال"، عن مالك نصًا، فقال: وحكى منذر بن سعيد، عن مالك في ترك التسمية عمدًا: أنها تؤكل.

وحكى ابن يونس عن أشهب ثالثًا: فقال: وقال أشهب: إن ترك التسمية مستخفًا بها فلا يؤكل، وأما من لا يعلم ما عليه في تركها، فإنها تؤكل.

ابن بشير: وإن تركها ناسيًا، لم يضر اتفاقًا، وقد تقدمت نظائر هذه المسألة عند الكلام على إزالة النجاسة.

(ص): **(فلو أرسل مسلم ومجوسي كلبًا أو مجوسي كلب مسلم، لم يؤكل بخلاف ما لو أرسل مسلم كلب مجوسي)**

(ش): لأنه إذا اجتمع المسلم والمجوسي على كلب واحد، فقد حصل مبيح ومحرم، فغلب المنع، كما لو أرسل جارحًا معلمًا، وآخر غير معلم، ولم يدر أيهما قتله.

قوله: (**أو مجوسي** كلب مسلم، لم يؤكل)، ظاهر؛ لأن العبرة بالصائد، لا بالكلب، والكلب آلة، بمنزلة السكين، فاصطياد المجوسي بكلب المسلم، بمنزلة ذبحه بسكينة، وكذلك العكس.

فرع

فلو أرسل المسلم والمجوسي كلبين أخذا الصيد حيًا، فقال ابن حبيب: يحكم للمسلم بذبحه وأخذ نصفه، فإن قال المجوسي: أنا لا آكل ذبيحة المسلم، فنقل الشيخ أبو محمد عن بعضهم: أنهما يؤمران ببيعه، وقسم ثمنه، إلا أن يكون بموضع، لا ثمن له، فيُمكَّن المسلم من ذبحه؛ لأن الإسلام يَعْلُو ولا يُعْلَى عليه.

(ص): **(المصيدُ به: سلاح يجرح، وحيوان مُعَلَّمٌ)**

(ش): لما انقضى كلامه على الركن الأول، اتبعه الثاني، واشترط الجرح في السلاح؛ لما تقدم في السلاح حديث عدي في المعراض: "وَإِنْ أَصَابَهُ بِعَرْضِهِ، فَلا

تَأْكُلْهُ"[١].

والمعراض: عصا في رأسها حديدة، وقد تكون بغير حديدة، وقيل: عود دقيق الطرفين غليظ الوسط.

وخرج بهذا الشرط البندق وما في معناه، والشرك، والحبالة، فلا يؤكل الصيد بشيء من ذلك إلا أن يوجد مجتمع الحياة، فيذكي.

واشترط التعليم، لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة:٤]، وللحديث المتقدم.

ابن حبيب، وغيره: والتكليب: التعليم، ولا يختصُّ بالكلب، بل ذلك جارٍ في كل ما يقبل التعليم. لبن شغبان: ولو سِنَّورًا أو ابن عرس.

ابن حبيب: والنَّمِر والنمس، لا يقبلان التعليم.

وقيل: المراد بالتكليب: التسليط.

(ص): (**وفي التعليم طريقان، اللخمي: أربعة أقوال، الأول: إذا أُشْلِيَ أطاع، الثاني: إذا دعي أجاب، الثالث: وإذا زجر انزجر إن كان كلبًا، والرابع: مطلقًا، من قوله: والمعلم من كلب أو باز هو الذي إذا زجر انزجر، وإذا أرسل أطاع، وقد اعترض بأن الطير لا ينزجر حتى حمل على ما إذا أُشْلِيَ، وبقوله: ولو غلبته الجوارح عليه ولم يقدر على خلاصه منها أكل**)

(**ش**): تصور الأربعة من كلامه ظاهر، والأول في الأربعة لم ينقله اللخمي وإنما خرجه من قوله في "المدونة[٢]": إذا أدرك كلبه أو بازه ولم يستطع إزالة الصيد عنه حتى مات بنفسه أنه يؤكل.

وفي نقل المصنف للثاني نظر ولم أره في اللخمي ولا غيره، وإنما ذكر اللخمي والمازري وغيرهما عن أشهب في هذا القول عوض قول المصنف: وإذا دعي أجاب، وإذا زجر انزجر.

اللخمي: وهو نحو قول ابن القاسم في "المدونة[٣]"، لقوله: والمعلم من كلب أو باز هو الذي إذا زجر انزجر، وإذا أرسل أطاع. المازري: وهو المشهور.

---

(١) انظر: صحيح مسلم، رقم (١٩٢٩).

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٦.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٦.

القول الثالث: لابن حبيب، وابن الماجشون.

والقول الرابع: لابن القاسم في "الواضحة"، ووافقه المازري في طريقته، واستضعف أخذ القول الأول من " المدونة[١]"، قال: لأنه لم يقصد بيان حكم التعليم، فيتعلق بما قال هنا، وإنما قصد بيان العذر، بالعجز في التذكية عن صفة، ويمكن أن يكون لم يقدر الصائد على تخليصه، ليس لأجل أن الكلب لم يطعه، بل لمانع منع الكلب من غلبة الصيد، أو لغير ذلك من الأسباب.

وأيضًا فإنَّه وإن عصى في هذه المرة، واحتمل ما أشرنا إليه، فلا يخرج بالمعصية مرة واحدة، عن كونه معلّمًا كما أنه لا يكون معلّمًا بطاعته مرة واحدة، بل حتى ينكرر منه، ويصير معلمًا، ونفي التحديد في هذا مذهبنا، خلافًا لأبي حنيفة في تعليقه ذلك بمرتين، انتهى.

وعلى كلام اللخمي فما لابن القاسم في "الواضحة " خلاف ما قاله في "المدونة[٢]".

عياض: ويحتمل الوفاق، لأن الإشلاء يستعمل لمعنيين؛ للإغراء، وللدعاء، كما أن الزجر يأتي لمعنيين؛ الإغراء، والكف، انتهى.

وفيه بعد؛ لأنه يلزم عليه عطف الشيء على نفسه، إذ على قوله بأن الدعاء بمعنى الإشلاء، وقول المصنف من قوله: (والمعلم من كلب، أو باز)، أي: أن هذا الرابع يؤخذ من قول مالك في "المدونة[٣]": والمعلم من كلب أو باز، فجمع بين الكلب والبازي في شرط الانزجار، وتبع المصنف في قوله أن الرابع مأخوذ من لفظ "المدونة".

ابن بشير: والذي في اللخمي أنه منصوص كما قدمته، والاعتراض بأن الطير لا يمكن فيه الانزجار لابن حبيب، والجواب بحمل الزجر على الإشلاء لابن أبي زيد، قال: وقد يقال للزجر إشلاء، كما يقال: زجرت التنور، إذا أوقدته، قال: وقد قال مالك في "المدونة[٤]"، فيمن أدرك كلابه تنهش في الصيد، فلم ينفذ مقاتله، فمات بنفسه قبل

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٦.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٧.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٨.

أن تمكنه ذكاته أنه يؤكل.

فلم يجعل الانزجار شرطًا، وإلى هذا أشار المصنف، بقوله: (ولو غلبته الجوارح عليه... إلى آخره)، وكأن المصنف استبعد قول أبي محمد، ألا ترى إلى قوله حتى، وعادته في ذلك أن يشير إلى استبعاد؟ لأن ما قاله ابن أبي زيد مخالف لظاهر اللفظ، ويلزم منه التكرار، ولأنه عطف فيها الإشلاء على الانزجار.

وبقي هنا شيء وهو: إن كان المراد بالدعاء في الثالث والرابع بعد إمساك الصيد، فهو الانزجار، وإن كان المراد قبل الإرسال، فلا معنى له؛ لأن ذلك تفعله الكلاب بطباعها وعلى هذا، فالظاهر أن المراد بالدعاء بعد الإرسال، وقبل الإمساك، وبالانزجار بعد الإمساك.

عياض: البازي بياء بعد الزاي، وحكى بعضهم بازًا بغير ياء، وأُشْلي: بضم الهمزة، وشين معجمة ساكنة، ومعناه في "الكتاب"، وعند الفقهاء: أرسل، وأغرى، وقال بعض أهل اللغة: إنما الإشلاء: الدعاء. وصوب بعضهم الوجهين فيه، والزجر: الكف والإمساك، وهو المشترط في التعليم وذهب بعضهم أيضًا إلى الزجر، يقع بمعنى الإغراء، فأشار إلى ما قاله ابن أبي زيد.

(ص): **(الثانية: وهو ما يمكن من القبيلين عادة، وهو الصحيح)**

(ش): القبيلان هما: السباع والطير، وهذه طريقة ابن بشير، قال بعد كلام اللخمي: وهذا الذي حكاه أبو الحسن ليس بخلاف، وإنما صحح المصنف هذه الطريقة؛ لأن الله جل شأنه لم يشترط غير التعليم، ولم يدل دليل على وجه خاص، وما يكون كذلك، فإنما يكون محالا على العرف، ألا ترى أن النَّاس تصف بعضًا بالتعليم وبعضًا بعدمه، وهذه الطريقة، وإن كانت ظاهرة في المعنى، إلا أن الروايات لا تساعدها.

(ص): **(ولا يُشْتَرَطُ عدم الأكل في الطير، ولا في الوحش على المشهور)**

(ش): أما الطير، فلا يشترط فيه عدم الأكل اتفاقًا؛ لأنه لا بد له من الأكل غالبًا، وأما الوحش، فالمشهور كذلك.

والقول الشاذ: ذكره أبو تمام، ووجهه ما تقدم في حديث عدي: "فَإِنْ أَكَلَ، فَلا تَأْكُلْ، فَإِنِّي أَخَافُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ"[1]، وحمل المشهور ذلك على

(١) مضى تخريجه، وهو حديث عدي بن حاتم، وهو في الصحيحين.

الكراهة، لما في أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام: "فَكُلْ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ " جمعًا بين الأدلة.

المازري: وأشار ابن المواز في الاعتذار عن حديث عدي، إلى أن حديث الأكل صحبه العمل، وقال به الصحابة: علي، وابن عمر، وسعد بن أبي وقاص، وغيرهم رضي الله عنهم، وما صحبه العمل أولى.

وأشار ابن حبيب إلى أن حديث عدي قد روي من طريق على معنى حديث الأكل.

وقال الباجي: حمل شيوخنا حديث عدي على ما إذا أدركه ميتًا من الجري، أو الصدم، فأكل منه، فإنه صار إلى صفة لا تعلق للإمساك بها، ويبين هذا التأويل قوله عليه الصلاة والسلام: "مَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ، فَكُلْ، فَإِنَّ أَخْذَ الكَلْبِ ذَكَاةٌ"(١).

(ص): **(وشرط الرمي: أن ينوي اصطياده، وإلالم يؤكل إلا بالذبح، فلو رمى حجرًا، فإذا هو صيد لم يؤكل، كشاة، لا يريد ذبحها، فوافق الذبح)**

(ش): الصيد أحد نوعي الذكاة، فيفتقر إلى النية باتفاق، وخصص المصنف الرمي، لأنَّ كثيرًا يرمي على غير قصد.

قوله: (وإلا)، أي: وإن لم ينو الذكاة أعم من أن لا ينوي شيئًا، أو ينوي عدم الاصطياد.

قوله: (إلا بالذبح) ظاهر.

قوله: (فلو رمي حجرًا)، هو من قسم النية المضادة.

وقوله: (كشاة لا يريد ذبحها)، أي: بل أراد قطع شيء من عنقها، وهو ظاهر.

(ص): **(وفيها: وإن أكل الكلب أكثره، أكل بقيته، ما لم يبت، واستشكل)**

(ش): تصوره ظاهر، والإشكال إن كان بسبب أكل الجارح من الصيد، فقد تقدم ما فيه، وإن كان لأجل اشتراط عدم المبيت، فسيأتي.

(ص): **(وإذا رمى بحجر له حد، ولم يوقن أنه مات بحده، لم يؤكل على الأصح)**

(ش): القاعدة في هذا، ونحوه: أنه حصل ما يقتضي الإباحة، وما يقتضي عدمها، كهذه المسألة: فإن الإصابة بالحد مبيحة، والإصابة بغيره غير مبيحة، فإن تيقن أنه مات

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٥٤٧٥).

بالمبيح، أُكِلَ اتفاقًا، وإن شك، لم يؤكل اتفاقًا، وإن ظن أنه مات بالمبيح، فالمشهور عدم الأكل.

وعلى هذا ففي قوله: (ولم يوقن): نظر؛ لإيهامه دخول الخلاف في الشك.

(ص): **(ويعتبر في غير المعلم الذبح كغير المصيد، ولو اشترك مع معلم، وظن أن المعلم القاتل، فقولان)**

(ش): أما المسألة الأولى فظاهرة، لأن شرط الإباحة، وهو التعليم منتف، وأما الثانية فأجراها على القاعدة المتقدمة.

(ص): **(المصيد: الوحش المعجوز عنه المأكول، فلو نَدَّت النعم: فأما غير البقر، فلا تؤكل إلا بالذكاة، وكذلك البقر خلافًا لابن حبيب)**

(ش): لما فرغ من الكلام على الصائد، والمصيد به، اتبعه بالكلام على ما يصاد، ومراده: إذا اجتمعت القيود الثلاثة، اتفق على جواز أكله بالعقر، متى ذهب شئ منها أمكن أن لا يفيد العقر فيه اتفاقًا، كما لو أمكن ذبح الصيد، وأمكن أن يكون مع خلاف كما في مقابل المأكول، فإنه سيأتي في صيد السباع قولان.

قوله: (فلو ندت... إلى آخره)، راجع إلى القيد الأول، وهو الوحش، يعني: إذا ندت الإنسية، فإن كانت **غير** بقر، لم تؤكل بالعقر اتفاقًا، **وكذلك** البقر على المشهور، **خلافًا** لابن حبيب، قال ابن حبيب: لأن للبقر أصلا في التوحش ترجع إليه، أي: لشبهها ببقر الوحش.

ورد: بأن الشياه لها أيضًا أصل، وهو الظباء.

فإن قلت: ففي مسلم: "وَأَصَبْنَا نَهْبَ إِبِلٍ، فَنَدَّ مِنْهَا بَعِيرٌ، فَرَمَاهُ رَجُلٌ، بِسَهْمٍ فَحَبَسَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ لِهَذِهِ الإِبِلِ أَوَابِدَ كَأَوَابِدِ الوَحْشِ، فَإِذَا غَلَبَكُمْ مِنْهَا شَيْءٌ فَاصْنَعُوا بِهِ هَكَذَا"(١)، وهو يدلُّ على جواز الأكل مطلقًا.

فالجواب: ليس فيه أن السهم قتله، بل حبسه، ونحن نقول به.

(ص): **(وألزم اللخمي ابن حبيب، مما وقع في مهواة القول به، وفرّق بتحقيق التلف)**

(ش): هذا الإلزام للتونسي، وتبعه عليه اللخمي، وغيره، ومعناه: أن اللخمي ألزم

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٩٧٠) من حديث رافع بن خديج.

ابن حبيب، أن يقول في الإبل والغنم، إذا ندّت، ولم يقدر عليها، أن تذكى بالعقر من قوله في الشاة وغيرها: إذا وقعت في مهواة، أنها تطعن حيثما أمكن، ويكون ذلك ذكاة لها.

والجامع بينهما العجز عن الوصول إلى الذكاة في المحلين.

وفرّق صاحب " المُعْلِم " وابن بشير: بأن الواقع في مهواة يتحقق تلفه، لو تُرِكَ، فلعل ابن حبيب أباح ذلك صيانة للأموال، بخلاف الناد، فإنه قد يُتآنس، أو يُتحيل على أخذه.

(ع): وفيه نظر؛ لأن البعير إذا ند أقوى شبهًا بالوحش، مما وقع في مهواة، ولو قيل بالعكس، في مثل هذا، لكان له وجه.

(ص): (**ولو صار المتوحِّش، مستأنسًا، فالذكاة**)

(**ش**): هذا راجع إلى قوله: (المعجوز عنه)، وهذا ظاهر، لأنه إنما كان يؤكل بالعقر للعجز عن الذكاة.

وقوله: (فالذكاة)، أي: ذكاة المقدور عليه، فإن توحش هذا بعد أن تأنس أُكل بالعقر لرجوعه إلى أصله.

(ص): (**وكذلك لو انحصر وأمكن بغير مشقة**)

(**ش**): أي: وكذلك، لو انحصر المتوحش، وأمكن أخذه بغير مشقة، فإنه لا يؤكل، إلا بذكاة الإنسي.

وفُهِم من قوله: (بغير مشقة)، أنه لو أمكن أخذه بمشقَّة جاز صيده، وهو كقول أصبغ فيمن أرسل بازه، على وكر في شاهق جبل، أو في شجرة، وكان لا يصل إليه إلا بأمر يخاف منه العطب، جاز أكله بالصيد.

ومن " النوادر": وإذا طردت الكلاب الصيد حتى وقع في حفرة لا مخرج له منها، أو انكسرت رجله منها، فتمادت الكلاب، فقتلته، فلا يؤكل؛ لأنه أسير.

محمد: وهذا إذا كان لو تركته الكلاب لقدر ربها على أخذه بيده، ولو لجأ إلى غار، لا منفذ له، أو غيضة، فدخلت إليه الكلاب، فقتلته، لأكل، ولو لجأ إلى جزيرة أحاط بها البحر، فأطلق عليه كلابه، أو تمادت فقتلته، فأما الجزيرة الصغيرة التي لو اجتهد طالبه لأخذه بيده، ولا يكون له في الماء نجاة فلا يؤكل، وإن كان له في الماء نجاة أو كانت جزيرة كبيرة يجد الروغان فيها حتى يعجز طالبه على رجليه، أو على

فرس أن يصل إليه بيده إلا بكلب، أو سهم، فإنه يؤكل بالصيد.

(ص): **(بخلاف ما لو أرسل كلبًا، ثم ثانيًا، فقتله الثاني، بعد إمساك الأول على المنصوص فيهما، وخرّج اللخمي إحداهما على الأخرى، وفرّق بأن بقاء إمساك الأول موهوم)**

(ش) قال صاحب " الجواهر " بعد أن ذكره أن الصيد، إذا انحصر بموضع لا يؤكل بالعقر: وينخرط في هذا السلك أن يرسل على الصيد كلبًا، ثم كلبًا، فيمسكه الأول ثم يقتله الثاني، إذا كان إرساله، بعد أن أمسكه الأول، فإن كان إرساله قبل أن يمسكه الأول، فالمنصوص أنه يؤكل.

واستقرأ أبو الحسن اللخمي مما تقدم في الواقع في موضع لا نجاة له منه: أنه لا يؤكل، انتهى.

وقد علمت أن هذه المسألة على صورتين، وأن الصورة الأولى لم يذكر فيها ابن شاس، واللخمي وغيرهما خلاف، وقد نص أصبغ فيها على عدم الأكل، وأن التخريج إنما هو في الثانية، فيحمل كلام المصنف عليها.

قوله: (وخرج اللخمي إحداهما)؛ أي: كلا منهما على الأخرى، أي: خرج من مسألة الإرسال جواز الأكل في الانحصار، ومنها عدم الأكل في الإرسال بجامع القدرة، ويدل على أن مراد المصنف أن اللخمي خرج في المسألتين قوله على المنصوص فيهما، فإن المنصوص إذا كان في كل واحدة كان التخريج كذلك، والفرق المذكور للمازري.

ولم يجزم ابن بشير؛ بل قال: يحتمل أن يكون الأمر كما قال، أو يفرق بأن إرسال الثاني مأذون فيه، وإذا أمسكه الأول فليس نحن على ثقة من أنه يداوم إمساكه حتى يأتي صاحبه بخلاف أن يحصل في موضع يعلم أنه لا نجاة له منه.

وقوله: (بقاء) يقتضي أنه أمسكه قبل أن يرسل الثاني، ولا يصح لما قلناه أن هذه الصورة متفق فيها على عدم الأكل، ومراده: أن إمساك الأول موهوم، وعلى هذا فالأولى لو أسقط لفظة (بقاء).

(ص): **(وما ند من الوحش، واستوحش أكل بالصيد)**

(ش): هذا ظاهر.

(ص): **(وأما المحرم، فقال اللخمي: صيدها للجلد كذكاتها. وفيها قولان، وقيل:**

مبني القولين على الكراهة والتحريم)

(ش): هـذا راجع إلـى قـوله: (المأكـول)؛ يعنـي: وأمـا صـيد المحـرم الأكـل، فقـال اللخمي: من أجاز تذكيتها لأخذ جلودها، وهو المشهور أجاز اصطيادها له، ومن مَنَعَ مَنَعَ، والضمير في (فيها) عائد على التزكية.

ورأينا أن نأتي بكلام اللخمي لما فيه من الفوائد، ولفظه: النية في الاصطياد راجعة إلـى حالـة الـصيد مـن جـواز أكلـه ومـنعه، والـصيد أربعـة: حـلال، وحـرام، ومكـروه، ومختلف فيه بالكراهة والتحريم.

فـالأول: الغـزلان، وبقـر الـوحش، والإبـل ومـا أشـبه ذلـك، والطيـر مـا لـم يكـن ذا مخلب، فلا يحل اصطياد هذه إلا بنية الذكاة.

والثاني: الخنزير يجوز رميه بنية قتله لا بغير ذلك، وليس ذلك من الفساد، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لَيَنْزِلَنَّ فِيْكُمْ ابْنُ مَرْيَمَ حَكَمًا مُقْسِطًا، فَيَكْسِرَ الصَّلِيبَ، وَيَقْتُلَ الخِنْزِيرِ"[١]، وعلى هذا مذهب مالك: أنه يجوز قتله ابتداء، إلا أن يصيب إنسانًا حاجة إليه تبيح أكله فيستحب له أن ينوي الذكاة، قاله أبو بكر الوقار.

الثالث: الأسد، والنمر، والفهد، والذئب، والدب، فعلى القول: أنه حرام يكون الحكم فيه حكم الخنزير، إلا أن ينوي الانتفاع بجلده فينوي ذكاته، وعلى القول: أنه مكروه يكون بالخيار بين أن يرميه بنية ذكاته على كراهة في ذلك، أو بنية القتل، إن لم يرد أكله.

الرابع: الثعلب والضبع، هما عند مالك أخف، وهو بالخيار بين أن يرميه بغير نية ذكاته، وإن شاء نوى الذكاة إن كان يريد أكلها، انتهى.

واعترضه ابن بشير وقال: إنما تصح الذكاة للجلود على القول بالكراهة لا على التحريم، واعترض أيضًا قوله في الضبع، والثعلب، إن شاء رماها بنية القتل، فقال: إن أراد مع خوف الأذى منها فظاهر، وإلا فلأي شيء يقتلها لغير فائدة، وإلى كلام ابن بشير أشار بقوله: (وقيل: مبنى القولين على الكراهة والتحريم)؛ أي: إن قلنا بالكراهة

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٢٢٢) ومسلم، برقم (١٥٥) كلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

جاز الاصطياد لأخذ الجلد، وإن قلنا بالتحريم فلا.

(ع): وقوله: (القولين) المتبادر إلى الذهن أنهما القولان المنصوصان في جواز ذبحها لأخذ جلودها لا المخرجان في صيدها، والأقرب بعد التأمل أنه أراد المخرجين لا المنصوصين، وهو الذي أشار إليه غير اللخمي، وعلى الاحتمال الأول يكون إطلاق القولين عليهما حقيقة، وعلى الثاني يكون مجازًا.

(ص): **(وإذا ظن محرمًا، فأرسل عليه فإذا هو مباح، فالذكاة)**

(ش): هذا الفرع ظاهر لفقد النية التي هي شرط.

وقوله: (فالذكاة)؛ أي: ذكاة الإنسية، وأطلق المصنف تبعًا لـ" المدونة[1]"، وكالمحرم الحجر، ونحوه.

وقسمها اللخمي على ثلاثة أوجه، فقال: إن كان يظن أنه سبع، فتبين أنه حمار وحش كان على ثلاثة أوجه: فإن لم ينو ذكاته وإنما قصد قتله لم يؤكل هذا، وإن قصد ذكاته لأنه يجهل الحكم فيه، أو لأنه يعتقد أنه مكروه جاز أكله، وإن نوى ذكاة جلده خاصة كان جلد هذا ذكيًا، ويختلف في لحمه؛ فعلى القول: أن الذكاة تتبعض، وأن شحوم ما ذبحه اليهود حرام لا يؤكل اللحم، وعلى القول: أنها لا تتبعض، وأن الشحوم داخلة في الذكاة، وإن لم ينوها الذابح يكون جميعا هذا ذكيًا، انتهى، ونحوه للمازري.

(ص): **(فإن ظن مباحًا، فإذا هو مباح غيره، فقولان، وقال ابن بشير: خلاف في حال: إن قصد الذكاة مطلقًا صح، وإلا فلا)**

(ش): الجواز لأشهب، والمنع لأصبغ، واختار التونسي، واللخمي، وابن يونس، وغيرهم الأول؛ لأن الذكاة في الجميع واحدة، وقد قصدها.

وتردد التونسي: هل يجري على هذا ما لو ذبح كبشًا يطنه نعجة، بعد أن قطع أن الأصوب من القولين قول أشهب؟

المازريُّ: وهذا أبعد من اختلاف نوعين، كأرنب وظبي؛ لأن النوع واحد في الذكر والأنثى، وإنما يختلف في الصوت والطباع، وقد قيل: إن الغالط في بعض صفات الموصوف لا يكون جاهلا به على خلاف فيه مذكور في كتب الأصول، بخلاف الغالط في الذات وصفاتها.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٩.

(ر)، وشيخنا: وكلام ابن بشير يرفع الخلاف؛ لأن له ثلاثة أحوال: إن قصد عموم الذكاة في المظنون وغيره أكل ما صاده بالاتفاق، وإن قصد بعينه دون غيره لم يؤكل الغير بالعقر اتفاقًا، وإن قصد شيئًا ولم يتعرض لغيره بنفي ولا إثبات، فهو محل الخلاف.

(ص): **(ولو أرسله ولا ظن صح على المشهور)**

(ش): (ر) و(ع): معناه: إذا أرسله على بعد، ولم يتبين جنسه من أي المباحات هو بعد قطعه، أنه ليس بمحرم، (ر): ولم أقف على هذه المسألة، انتهى.

وقد ذكرها اللخمي، ولم يذكر فيها خلافًا، ولفظه: ولو رمى، وهو يرى أنه صيد، ولا يعرف أي صنف هو جاز أكله، وليس من شرط الجواز أن يعلم جنسه.

ويحتمل أن يريد به ما ذكره ابن بشير، ولفظه: وإذا أرسل، ولم يقصد شيئًا، وإنما قصد ما يأخذه، فهل يكتفى بذلك وتصح ذكاة ما أخذ فيه؟

قولان: أحدهما: الصحة، والثاني: عدمها.

وهذا يشعر بالخلاف في وجوب التعيين وعدمه، وإلى حمل كلام المصنف على هذا ذهب (هـ)، وكان شيخنا رحمه الله يحمله على وجه آخر، وهو: إذا أرسل كلبه في غار، لا يدري هل صيد فيه، أم لا؟

وقد ذكر ابن الجلاب مسألة الغار، ونص فيها على الأكل.

وصرح المازري بأن المشهور لا يشترط رؤية الصيد، بل يجوز الإرسال على ما وراء أكمة، وما في مغارة، خلافًا لأشهب.

وحكى صاحب " البيان " وجماعة من الشيوخ في الغار، والغيضة ثلاثة أقوال: قال أصبغ، وابن المواز بالأكل فيهما، وقال سحنون: لا يؤكل فيهما، وفرّق ابن القاسم، فقال: يؤكل ما في الغار، ولا يؤكل ما في الغيضة لاحتمال أن يدخل الصيد فيها بعد الإرسال، وذلك مأمون في الغار.

وتمشية شيخنا أولى، وكلام (هـ) ليس بعيدًا منه، والله أعلم.

(ص): **(ولو أرسل على شيء فأخذ غيره لم يؤكل، ولو أرسل على جماعة ونوى ما أخذ منها أو من غيرها أكل، وإن تعدد، وكذلك الرمي)**

(ش): لم يؤكل غير المرسل عليه لعدم النية، وكذلك قال ابن القاسم إذا أرسله على جماعة ينويها ولم ينو غيرها، أنه لا يؤكل ما أصاب من غيرها، وما ذكره من

الأكل فيما إذا أرسله على جماعة، ونوى ما أخذ منها أو من غيرها هو المشهور.

وخالف ابن المواز في الكلب فقال: إن أخذ اثنين أو أكثر في مرة واحدة أكل ما أخذ، وإن أخذ واحدًا بعد واحد لم يؤكل إلا ما أخذه أولا، ووافق على السهم أنه يؤكل جميع ما قتله.

والفرق عندنا: أن الكلب يفتقر إلى إرسال ثان بعد الأول، بخلاف السهم.

وقوله: (أو من غيرها) هو كقول مالك: إذا أرسله على جماعة، ونوى إن كان ورائها غيرها فهو عليها مرسل، فليؤكل ما أخذ من سواها.

ونقل عن أشهب: أنه لا يؤكل ما وراء تلك الجماعة.

فائدة

ينشأ لك من هنا قاعدة، وهي: إن كان الصيد معينًا أكل، كان المكان محصورًا أم لا، وإن لم يكن الصيد معينًا، وكان المكان منحصرًا، كالغار، والغيضة، فثلاثة أقوال كما تقدم، وإن لم يتعين الصيد، ولا انحصر المكان كما لو أرسل كلبه على أي صيد وجده بين يديه فلا خلاف في المذهب أن ذلك لا يجوز، قاله المازري، و(هـ) و(ع).

فإن قلت: ينتقض هذا الاتفاق بما نقلته عن مالك: أنه إذا أرسله على جماعة ونوى إن كان ورائها غيرها، فهو مرسل عليه.

فالجواب: لعل مالكًا إنما أجاز تبعًا للمعين أولا، والله أعلم.

(ص): (ولو اضطرب الجارح، فأرسل، ولم ير؛ فقولان، بناء على أن الغالب كالمحقق أو لا؟)

(ش): إذ الغالب أنه إنما يضطرب لرؤية الصيد؛ فإذا اضطرب وأرسله فقتل صيدًا، فقولان، وهما لمالك:

أحدهما: جواز الأكل للغالب.

والثاني: المنع؛ لكونه لم ير شيئًا.

وفي "العتبية " لابن القاسم: لا أحب له أن يأكله، ولعله يضطرب على صيد، ويأخذ غيره.

قال في "البيان": وهذا إذا نوى ما اضطرب عليه خاصة، وأما لو نواه وغيره فإنه

يؤكل على معنى ما في "المدونة[1] " في الذي يرسل كلبه على جماعة من الصيد، وينوي إن كان ورائها جماعة أخرى لم يرها، فيأخذ مما لم ير أنه يأكله.

قال: ومن الناس من حمل هذه الرواية على الخلاف لما في "المدونة[2]"، مثل قول أشهب: أنه لا يصح أن ينوي في إرساله ما لم يره، والتأويل الأول أظهر.

(ص): **(ومهما أمكنت الذكاة تعينت، وإلا كفى عقره وجرحه، بخلاف صدمها، أو عضها، من غير تدمية على المشهور، كما لو ضربه بسيف ولم يدمه)**

(ش): لأنه إنما جاز العقر لعدم القدرة على الذكاة الأصلية.

قوله: (وإلا كفى عقره)؛ أي: وإن لم تمكنه الذكاة، وذلك إذا مات قبل إدراكه، أو بعد أدراكه، ولم يفرط في تناول الآلة، كما سيأتي.

ونص ابن المواز على الأكل إذا أدمته، ولو في أذنه.

عياض: ولا خلاف إذا أدمته أنه يؤكل.

ومقابل المشهور لابن وهب، وأشهب.

ومنشأ الخلاف، هل يحمل قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤]، على عمومه، أو يحمل على الغالب؛ لأن الغالب أنه إنما يكون الإمساك مع تدمية.

وقوله: (كما لو ضربه بسيف)؛ أي: فيأتي فيه القولان.

المازري: وقد ذكر ابن المواز عن أشهب: إباحة الأكل، إذا مات الصيد بصدمة الكلب، أو ضربة السيف ولم يجرح، ومحمله عندي بحد السيف لا بعرضه، وابن المواز أطلق الحكاية، انتهى.

لأنها إذا أصابه بالعرض في معنى المعراض، إذا أصاب بغير حدِّه، وقد نص في الحديث على عدم أكله.

اللخمي، وصاحب " التنبيهات": وإن مات من غير فعل، كخوف أو سقوط، وما أشبه ذلك، لم يؤكل اتفاقًا.

التونسي، ولم يذكروا خلافًا في الذي مات في الجري من طلب الكلب له، وفي ذلك نظر.

وفي "التنبيهات": لا خلاف أنه إذا مات بسببها، ولم تماسه من انبهار أو سقوط،

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣١.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٢.

وشبهه أنه لا يؤكل، وأفهم اللخمي خلافًا إذا نيبت، ولم تدم، ولم تجرح، وجمعها مع مسألة الضرب والصدم، ولا يصح تنييب إلا بإدماء، وإن قل، وهو مقتضى قوله في "الكتاب" في موضع: أن لم تُنَيِّب وتُدْمِ، ثم لم يذكر الإدماء في سائر المواضع.

وحكى صاحب " الذخيرة " عن أشهب: جواز الأكل إذا مات الصيد انبهارًا، ولعله حكاه عنه إلزامًا له من قوله في العض والصدم.

ويدخل في قوله: (ومهما أمكنت الذكاة تعيَّنت)، لو أدرك الصيد حيًّا، ولم يقدر على خلاصه.

قال في "البيان": ولو ذكَّى الصائد الصيد والكلاب تنهشه، وهو لا يقدر على أن يخلصه منها لأكل باتفاق، انتهى.

(خ): في هذا الاتفاق نظر، فإن من يشترط في التعليم الانزجار، لا يرى أكل الصيد هنا، وهكذا قال اللخمي، والله أعلم.

(ص): (والمنفرد مقاتله يضطرب حسن أن يفرى أوداجه، وإن تركه أكل)

(ش): إنما استحسن ذلك إراحة له.

وقد اختلف في الحيوان الذي لا يؤكل إذا بلغ إلى حد الإياس، فأجاز ابن القاسم ذبحه إراحة له، وقيل: بل يعقر، ولا يذبح، لئلا يكون تشكيكًا للعوام في إباحة أكله، ومنع ذلك ابن حبيب.

(ص): **(ولو تراخى في اتِّباعه، فإن ذكَّاه، قيل: إن تنفذ مقاتله، أكل بالذبح لا بالصيد، وإلا فلا، إلا أن يتحقق أنه لو لم يتراخ، لم يفد، وهذا يظهر في السهم)**

(ش): يعني: أنه يجب علىالصائد اتباع جارحه مُجِدًّا، رجاء أن يدركه حيًّا، فيذكيه.

(ع): وظاهر ما حكاه ابن القصار عن مالك من جواز الأكل، إذا لم يتبعه، ووجده ميتًا أن اتباعه من باب أولى.

وقوله: (أكل بالذبح لا بالصيد): ظاهر.

قوله: (وإلا فلا)، أي: وإن لم يدرك قبل إنفاذ المقاتل فلا يؤكل، إلا أن يتحقق أنه لو لم يتراخ، لم يلحقه، فيؤكل بالعقر، وإن تراخى، وربما ظهر في بعض الجوارح لسرعة جريه، وشدة بطشه، وهو في السهم أظهر، كما قال المصنف.

(ص): **(ولو غاب الكلب، والصيد، ثم وجده ميتًا، فيه أثر كلبه، أو سهمه؛ أكله ما لم يبت، فإن بات لم يأكله، ولو أنفذت مقاتله، قال مالك: وتلك السُّنَّةُ، وعُورِضَ بنقل**

خلافه وانفراده)

(ش): اللخمي: وإذا أرسل على صيد فأتبعه وأعجزه حتى توارى عنه، ثم وجده قتيلا، فهو على أربعة أوجه: يجوز أكله في وجهين إذا عرف أنه الصيد المرسل عليه، وإن لم يكن بازه معه، ولا فيه سهمه، أو وجد فيه سهمه أو معه بازه أو كلبه، وإن لم يعرفه، فإن لم يعرفه، ولا وجد فيه سهمه، ولا معه بازه، لم يؤكل، وهذا قول مالك عند ابن حبيب.

ومثله إذا وجد معه بازه، ولم يعرفه، وبقربه صيد يشككه فيه، فقال ابن القاسم في "العتبية": لا يؤكل، يريد: إن كان الاثنان قتيلين، وإن كان معه آخر حي أكل الميت؛ لأن الغالب أن المرسل أخذ ما رآه، وكذلك سهمه، إلا أن يتركه على التنزه، وهذا في البازي والكلب، وأما السهم فلا؛ لأنه لا يتأتى منه التنقل.

قوله: (فإن بات لم يأكله): هو المشهور، قال في "المدونة[1]": فإن بات لم يأكله، وإن أنفذت مقاتله الجوارح، أو سهمه، وهو فيه بعينه، قال مالك: وتلك السُّنَّة.

وفي هذه المسألة غير مذهب " المدونة[2] " أربعة أقوال:

أولها: لأصبغ وابن عبد الحكم: يؤكل، وإن بات الصيد، كان بالصيد جرح، أو سهم.

ثانيهما: لابن المواز: إن كان بسهم ووجد في مقاتله أكل، وإن كان بجارح لم يؤكل.

وثالثها: لمالك في "مدونة أشهب": يكره، هكذا حمله اللخمي على ظاهره، وحمله بعضهم على التحريم.

ورابعها: حكاه اللخمي والمازري، عن ابن الماجشون: إن وجده من الغد منفوذ المقاتل أكل في السهم والجارح، وإن لم يجده منفوذ المقاتل لم يؤكل.

وعلى هذا فالخلاف مطلق أنفذت مقاتله، أم لا؟

وقصر ابن رشد الخلاف على ما إذا وجده من الغد منفوذ المقاتل.

وعورض ما قاله مالك بنقل خلافه، فقد تقدم في حديث عدي الأكل بعد الثلاث،

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٣.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٥.

وفي بعض طرقه: "كُلْهُ مَا لَمْ يُنْتِنْ"[١].

وقوله: (وبانفراده)، (ع): أي: انفراد بنقل ما نسبه إلى السنة، وليس بصحيح لأنه يوافقه على ذلك حديثان:

الأول: ذكره أبو داود في "مراسيله"، قال: جاء رجل بصيد للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال: إني رميته من الليل فأعياني، ووجدت سهمي فيه من الغد، وقد عرفت سهمي، فقال: "اللَّيْلُ خَلْقٌ مِنْ خَلْقِ اللهِ عَظِيمٌ، لَعَلَّهُ أَعَانَكَ عَلَيْهِ بِشَيءٍ أَبْعَدَهَا عَنْكَ"[٢].

الثاني: ورد قريب منه في بعض طرق حديث عدي، انتهى بالمعنى.

والظاهر أن المراد بالانفراد عدم الموافق له في مقالته، لا أنه لم ينقل غيره ما نقل، فإنه لا عبرة بذلك، ونقل مالك وحده كاف في الثبوت.

(ص): **(وإن لم يبت ولكنه تركهما ورجع لم يأكله، إذ لعله لو طلبه يدرك ذكاته)**

(ش): الضمير في (تركهما) راجع إلى الصيد والجارح، أو السهم، ولم يأكله لتفريطه.

(ص): **(ولو قدر على خلاصه منها، فذكاة وهو في أفواهها، لم يؤكل إلا أن يوقن أنه مات من ذبحه)**

لأنه لما قدر تعينت الذكاة، واستثناء المصنف اليقين يمنع ما إذا ظن أنه مات من الذكاة، وهو المشهور كما تقدم.

قال في "المدونة[٣]": ولو قدر على خلاصه منها، فذكاة، وهو في أفواهها، تنهشه فلا يأكله إذ لعله من نهشها مات، إلا أن يوقن أنه ذكاة، وهو مجتمع الحياة قبل أن تنفذ هي مقاتله، فيجوز أكله، وبئس ما صنع.

فرع

قال في "المدونة[٤]": قال مالك رحمه الله: ومن رمى صيدًا في الجو، فسقط فأدركه ميتًا، وأصاب السهم لم ينفذ مقاتله، لم يؤكل إذ لعله من السقطة مات، وكذلك إن رمى صيدًا في الجبل فتردى من الجبل، فمات، لم يؤكل.

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٩٣٢) وأبو داود، برقم (٢٨٦١).

(٢) انظر المراسيل، رقم (٣٨٣).

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٦.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٦.

ابن القاسم: إلا أن يكون قد أنفذت مقاتله بالرمية.

وحمل بعض الشارحين على قول مالك إنه لا يؤكل الصيد، ولو ذكَّاه وهو متيقن الحياة، خلاف ما نص عليه ابن القاسم.

(ع): وهو بعيد؛ لأن مالكًا علل منع الأكل بالشك، ولا شك مع اليقين.

قال هذا الشارح: إذا ذبح البهيمة في جوف الماء أكلت، وقال ابن نافع: لا تؤكل، فألزم مالكًا التناقض بين المسألتين، ورأى أن قياس قوله في الصيد على ما فهمه أنه لا يؤكل ما ذبح في الماء، وهذا الإلزام أيضًا ضعيف على تقدير تسليمنا له ما قاله في "الكتاب"، والفرق أن نهش الكلاب أسرع قتلا من الماء، لأن النهشة الواحدة تنفذ المقاتل، فلم يستويا، انتهى بمعناه.

ومن هذا المعنى، لو رماه فسقط في ماء.

وفي "الموازية"، و" العتبية": عدم الأكل فيمن رمى بسهم مسموم، وقال: إذ لعل السم قتله أو أعان على قتله وأخاف على من أكله.

(ص): **(ولو اشتغل بآلة الذبح، وهو في موضع يفتقر إلى تطويل ففات، لم يؤكل كما لو لم تكن معه، إن كانت في يده أو كمه وشبهه ففات أكل)**

(ش): يعني: أن الصائد كما يلزمه أن يجد في اتباع الصيد، كذلك يلزمه أن يعد آلة الذبح في موضع متيسر، وإن استصحبها في موضع لا يصل إليه إلا بطول، فلا يؤكل الصيد لتفريطه.

(ع): وخالف عبد الملك في اشتراط حمل السكين، وذكروا من مواضع الاستعداد؛ اليد، والخف، والكم، والحزام، ومن مواضع التفريط؛ الخرج، ويد غيره.

محمد: إلا أن يموت في قدر ما لو كانت شفرته في يده لم يدرك ذكاته، فيؤكل.

(ص): **(فلو مرَّ إنسان، وأمكنته الذكاة، فتركها ففات، فالمنصوص: لا يؤكل ويضمنه المار، وقيل: في ضمان المار قولان بناء على أن الترك كالفعل أو لا؟)**

(ش): أي: إذا رمى صيدًا أو أرسل عليه فمر به إنسان، وهو يتخبط فأمكنته الذكاة، ولم يذكِّه حتى جاء صاحبه، فوجده مات لم يأكله؛ لأن المار يتنزل منزلة ربه في كونه مأمورًا بذكاته، فلما لم يذكه صار ميتًا، وإلى هذا أشار بقوله: (فالمنصوص: لا يؤكل ويضمنه المار)، أي: المنصوص لابن المواز.

وأجرى ابن محرز وغيره من المتأخرين في تضمينه قولين من الخلاف في الترك:

هل هو كالفعل أم لا؟ أي: هل تركه كفعل التفويت أم لا؟

قيل: وعلى نفي الضمان فيأكله ربه، واختار اللخمي نفي الضمان، قال: وإن كان يجهل أنه ليس له أن يذكيه كان أبين في نفي الغرم، ولو مرّ بشاة يخشى عليها الموت، فلم يذبحها حتى ماتت، لم يضمن أيضًا، لأنه يخشى أن لا يصدقه ربها، أنه خيف عليها الموت فيضمنه، وليس كالصيد لأنه يراد للذبح، انتهى.

واحترز بقوله: (وأمكنته الذكاة): مما إذا لم يره أو رآه، ولكن ليس معه ما يذكيه فإنه يؤكل ولا ضمان عليه، وكذلك قال اللخمي.

(ص): (وحُمِلَ عليه فروع كترك تخليص مستهلك نفسًا أو مالا بيده، أو بشهادته، أو بإمساك وثيقة، أو ترك المواساة بخيط لجائفة ونحوها، أو بترك المواساة الواجبة بفضل طعام أو ماء لحاضر أو مسافر أو زرع، وكذلك ترك المواساة بعُمُد أو خشب، فيقع الحائط قبل رقه، أما لو قطع وثيقة فضاع ما فيها ضَمِنَ، ولو قتل شاهدي حَقٍّ احتمل)

(ش): أي: وحمل على هذا الخلاف فروع.

وقوله: (بيده): متعلِّق بتخليص، و(نفسًا): منصوبٌ على التمييز، تقديره: كترك تخليص مستهلك من نفس أو مال بيده أو شهادته، وتصور الفروع المذكورة ظاهر.

وأمَّا تقطيع الوثيقة، فقال ابن بشير: لا يختلف في ضمانه، قال: ودون هذا في الرتبة أن يقتل شاهديه اللذين يشهدان بالحق له، فإن هذا لم يتعدّ على نفس الشهادة، وإنما تعدّى على سببها، فهو بلا شك أضعف من الأول.

وقوله: (احتمل)، أي: الخلاف في الضمان قياسًا على الوثيقة وعدمه؛ لأنه قد لا يقصد قتلهما لإبطال الحق بل لعداوة ونحوها، وقد نصّ متقدموا أهل المذهب على أن المرأة إذا قتلت نفسها كراهة زوجها وأرادت فسخ نكاحها، أن الصداق لا يسقط، وكذلك إذا قتل سيد الأمة المتزوجة أمته.

ونصّ في "المدونة[1]": في كتاب حريم البئر مسألة مَنْعِ الماء، وأوجب فيه الدية، فقال في مسافرين مرُّوا بماء فَمَنَعَهُمْ أَهْلُه الشرب منه: أن للمارَّة قتال أهل ذلك الماء، وإن لم يقدر المسافرون على دفعهم حتى ماتوا عطشًا فدياتهم على عواقل المانعين،

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٧.

والكفارة على كل نَفْسٍ منهم على كُلّ رجل من أهل الماء، مع وجيع الأدب.

واختلف حيث قلنا: تجب المواساة بطعام أو نحوه مما ذكر هل بعوض أم لا؟ على قولين:

مذهب " المدونة[1] ": ثبوته إذا كان معهم ثمن؛ لأن الواجب الإعطاء، ولم يقم الدليل على نفي الثمن. ابن يونس: ولا يشتطُّوا عليهم في ثمنه.

قال أشهب في مثل هذا: ولا شيء عليهم إن لم يكن معهم ثمن.

وذكر اللخمي خلافًا: هل يتبعون بالثمن إذا أيسروا أم لا؟ واستظهر بعضهم نفي العوضية؛ لأنه الأصل في الواجب.

بعض القرويين: وإنما كانت الدية على عاقلة المانعين إذا مات المسافرون عطشًا، لأنهم لم يقصدوا قتلهم، وإنما تأولوا أن لهم منع مائهم، وذلك مما يخفى على بعض الناس، ولو قصدوا منعهم بعد علمهم بأن ذلك لا يحل، وأنهم إن لم يسقوهم ماتوا، لأمكن أن يقتلوا بهم.

وخرّج اللخمي ذلك على الخلاف، فيمن تعمد شهادة الزور في شهادته حتى قتل بها المشهود عليه، فقيل: يقتل الشاهد، ومذهب " المدونة[2] ": لا قتل عليه.

(ص): **(ولو غصب ما صاد به، وفرّعنا على أن المنافع للمالك، فإن كان عبدًا فلمالكه اتفاقًا، وإن كان كالسيف والشبكة والحبل فللغاصب اتفاقًا، وعليه أجرة مثله، والفرس كالسيف، وإن كان جارحًا فعلى قولين، بناء على التشبيه بهما)**

(ش): أي: إذا فرّعنا على المشهور بأنه لا غلة للغاصب، وإنما هي لرب المغصوب، وقوله في العبد: (فلمالكه اتفاقًا)، معنى ذلك: أنه ليس واجبًا له على التعيين، وإنما هو مخيّر فيه، أو في تركه وأخذ قيمة عمله، نص عليه ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون.

وألحق ابن القاسم الجارح بالعبد، وألحقه أصبغ وسحنون بالفرس، واختار اللخمي وابن رشد قول ابن القاسم؛ لأن الجارح هو الكاسب وفعل الصائد تبع له فكان الحكم لأقواهما سببًا، ويكون للغاصب بقدر تعبه.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٩.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٠.

فرع

قال ابن شعبان - في رجلين أرسل أحدهما كلبين على صيد، وأرسل عليه الآخر كلبًا واحدًا -: فإن الصيد يكون بينهما نصفين، ولذلك لو كان الكلب الواحد لرجلين لواحد ثلثه ولآخر ثلثاه، فأرسلاه على صيد، فإن الصيد يكون بينهما نصفين.

اللخمي: وليس هذا أصل المذهب، بل المذهب قسمة الصيد على عدد الكلاب المرسلة، أو على قسمة الأجزاء في الكلب الواحد، كالعبد والدابة، فإن منافعهما تقسم على عدد الأملاك في كل واحد منهما.

المازري: وهذا الذي أُنْكِرُهُ على ابن شعبان، ورأى فيه أنه أصل المذهب، ليس كما ظن رحمه الله.

وقد اختلف في الكلب، إذا غُصِب فصيد به، ففي أحد القولين أن الصيد للغاصب، والكلب في حكم الآلة، فعلى هذا يكون الذي قاله ابن شعبان له وجه، وذلك: أنا جعلنا فعل الكلب واقتناصه في حكم التبع والصيد، إنما حصل بالصائد، فلذلك لم يعتبر تعدد الكلاب، والله أعلم.

(ص): **(أمَّا لو طرد طارد الصيد قاصدًا أن يقع في الحبالة، ولولاهما لم يقع، فبينهما بحسب فعليهما، وإن لم يقصد، وهو على إياسٍ فلربها، وعلى تحقيق بغيرها، فله)**

(ش): أي: إذا نصب شخص حبالة، وهو الشرك، وفي معناه جميع ما ينصب للصيد من حفرة وغيرها، فطرده شخص ليقع في الحبالة، ولولا الطارد والناصب لم يقع، فالصيد بينهما بحسب فعليهما، فيقال: إذا كانت أجرة الناصب تساوي نصفًا، وأجرة الطارد تساوي درهمًا، فللطارد ثلثاه وللناصب ثلثه.

وقال أصبغ: يكون للطارد خاصة، وعليه للناصب أجرة الحبالة، كمن رمى بسهم رجل فصاد به، أو بازه، أو كلبه.

عبد الحق: وهو القياس، إنما استحسن ابن القاسم الشركة، لأن المبتغى من جميعهم هو الاصطياد بخلاف التعدي، على سهم الغير، وبازه.

قال في "البيان": ولو قيل إن الصيد يكون للناصب، ويكون عليه للذين طردوا الصيد أجرة مثلهم، إلا أن يشاء أن يُسَلِّم الصيد إليهم قياسًا على قول ابن القاسم في الذي يتعدّى على كلب رجل أو بازه، فيصيد به صيدًا، لكان قولا.

وقوله: (فإن لم يقصد)، أي: لم يقصد الطارد إيقاعه في الحبالة، وكان آيسًا من أخذ الصيد، ثم اتفق وقوع الصيد في الحبالة، فهو لربها.

قوله: (على تحقيق)، يعني: إذا كان الطالب أعيا الصيد، وحقق أخذه، ولم يرد إيقاعه فيها، فلما أشرف على أخذه، وقع في المنصب، فهو للطارد.

اللخمي: ثم ينظر في أجرة الحبالة، فإن كان الطارد لم يردها، لم يكن عليه أجرة؛ لأنه كان في غنى عنها، وإن كان عالمًا وردَّه إليها كان عليه الأجرة؛ لأنه قصد الانتفاع بها.

وفي "البيان": انظر لو كانوا لَمَّا طردوه وأعيوه، وهم لا يريدون إيقاعه في المنصب، فلما أشرفوا على أخذه، قصدوا إيقاعه في المنصب، ليخفَّ عنهم في أخذه بعض التعب، فلم يقع في ذلك في "العتبية"، ولا في "الواضحة " بيان، والذي ينبغي في ذلك أن يكون لهم، ويكون عليهم لصاحب المنصب قيمة انتفاعهم بمنصبه، وكذلك ينبغي أن يكون الجواب لو طردوا صيدًا إلى دار رجل، فأخذوه فيها.

وقد حكى عبد الحق في ذلك عن بعض شيوخه قولين:

أحدهما: أنه لا حق لصاحب الدار قي ذلك، لأن الدار لا تتخذ للصيد.

والثاني: أن يكون معهم شريكًا فيه كالمنصب، وكلا القولين عندي بعيد، وما قلناه أولى، انتهى.

وقال ابن حارث: اتفق ابن القاسم وأشهب في الذي ينظر إلى صيد فيتبعه، ويطرده حتى يضطره إلى دار رجل أنه للذي اضطره إلى دخول الدار، ولا شيء فيه لصاحب الدار.

واختلف إذا لم يطرده للدار، وكان الصيد هو الذي دخل دار الرجل: فقال ابن القاسم: هو لصاحب الدار خاصة، وقال أشهب: هو للذي كان يتبعه خاصة، انتهى.

(ص): **(ويُمَلَّكَ بالصيد، فلو نَدَّ فصاده ثان، فثالثهما المشهور: إن طال ولحق بالوحش فللثاني)**

(ش): أي: يملك الصائد الصيد بالاصطياد؛ لأنه مباح في الأصل، فلو ندّ بعد أن صيد، فصاده آخر، فقال اللخمي، والمازري، وصاحب " الجواهر": إن كان تأنس عند الأول، وأخذه الثاني قبل أن يتوحش كان للأول اتفاقًا.

اللخمي: واختلف إذا كان الثاني له بعد أن توحش، أو كان ندّ وردّه قبل أن يتأنس

على ثلاثة أقوال:

فقال مالك: هو للآخذ، وبه أخذ ابن القاسم، وقال مرة: إذا ندّ بعد أن تأنس كان للأول ولو توحش، وإن ندّ قبل أن يتأنس عند الأول فهو للثاني، وبه أخذ ابن الماجشون.

وقال ابن عبد الحكم: هو للأول وإن لم يتأنس عنده؛ لأنه لا يزول ملكه عنه، ولو أقام عشرين سنة، وهو أبين لأن الأول قد تقدم ملكه عليه بنفس أخذه وانفلاته لا يزيل ملكه عنه بمنزلة ما لو كان عبدًا فأبق، انتهى.

وفي "الجواهر": مذهب " الكتاب": أنه للثاني في الصورتين، وعلى هذا فإطلاق المصنف الخلاف ليس بجيد، وكذلك ما شهّره مخالف لمذهب الكتاب على ما قاله في "الجواهر"، وَلِمَا أخذ به ابن القاسم على ما قاله اللخمي، وفي بعض النسخ إسقاط المشهور، وهي أولى لكن في أخذ الصورتين من " المدونة[1] " نظر؛ لأن الذي فيها: وإذا دجن عندك صيد، ثم ندّ فصيد بحدثان ما ندّ، ولم يتوحش فهو لك، وإن لم يؤخذ بحدثانه وقد لحق بالوحش، فهو لمن صاده كان ظبيًا، أو بازيًا، أو غيره، انتهى.

فأنت تراه لم يتكلم على ما إذا لم يتأنس عند الأول بشيء سواء لحق بالوحش أم لا، ولهذا إنما عيّن المازري المشهور فيما إذا تأنس ولحق بالوحش، فقال: إن لحق بالوحش، وصار من جملته بعد التأنس فالمشهور من المذهب: أنه للثاني، وقال ابن عبد الحكم: هو للأول.

واختلف أيضًا إذا لحق بالوحش قبل أن يتأنس عند الأول، فقال ابن عبد الحكم: وهو للأول، وقيل: هو للثاني.

وفي "الذخيرة": اتفقوا على الحربي يؤسر، ثم يأبق إلى بلد الحرب، ثم يؤسر أنه للأول، وهو شديد الشبه بالصيد.

وفرّق بعض أصحابنا بأن الحربي له من يمنعه، والصيد بقي دون مانع، كموات الأرض إذ أحيي ثم خرب، انتهى.

وحكى في "الجواهر " قولا رابعًا، فقال بعد ذكر الثلاثة: وقيل: إن طال مقامه عند الأول فهو للثاني، وإن لم يطل فهو للأول.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٠.

واعلم أن قول المُصنِّف في القول الثالث طال ليس بظاهر؛ لأنه يقتضي أن يكون للثاني، بمجموع الطول والتوحش، ومذهب " المدونة[1] " الاكتفاء بالتوحش، ولهذا لم يذكر صاحب " الجواهر " الطول في القول الثالث، وحيث حكمنا به للأول فالمنصوص أنه يغرم للثاني أجر تعبه في تحصيله.

واعترض بمسألة الآبق؛ فإنهم لا يجعلون له جُعْلا إلا بشرط أن يكون شأنه طلب الإباق.

(خ): وقد يفرق بأن ملك الثاني للصيد قوي بدليل أنه له على بعض الأقوال، وهو لم يدخل أولا على تملكه، فإذا لم يقض له به فلا أقل من أن يأخذ أجرة تعبه، بخلاف العبد؛ فإن أخذه دخل أولا على أنه لغيره، فهو متبرع.

(ص): (**وعليه في مدَّعِي الطول: قولان**)

(ش): ظاهره وعلى الثالث كلامه، وإنما جعله في "الجواهر " مفرَّعًا على الرابع، وإنما جاء هذا والله أعلم من إتيان المصنف بقوله: (طال) في القول الثالث، ولهذه المسألة صورتان:

إحداهما: أن يقول الثاني: ندّ منك عن بعد، ويقول الأول: بل عن قرب.

الثانية: أن يقول الأول: ندّ مني عن قريب، ويقول الثاني: لا أدري.

ونصّ في "الجواهر " على: أن الخلاف فيهما متّحدٌ، وأن مذهب ابن القاسم: أنه للثاني فيهما، ومذهب سحنون: أنه للأول فيهما.

وسبب الخلاف تعارض أصلين، وهما: وضع اليد، واستصحاب الملك الأول.

وحمل (ع) كلام المصنف على الأول، وحمله (هـ) على الثانية، وما قاله (ع) أظهر؛ لأن الأول في الصوتين لا يدَّعي الطول، والمصنف قال: (مدعي الطول): وذلك لا يمكن إلا إذا ادَّعى الثاني الطول.

(ص): (**ولو ندّ من مُشْتَرٍ، فقال محمد: مثلها، وقال ابن الكاتب: للمشتري**)

(ش): يعني: أن المسألة الأولى مفروضة فيما إذا ندّ من صائد، وأمّا لو ندّ من مشتر، فقال ابن المواز: هو للآخر، هكذا نقل التونسي، واللخمي عنه وكلام المصنف يوهم أن محمدًا قال: إن الأقوال السابقة تأتي هنا، وقد أجراه (ع) على ظاهره من أن

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤١.

محمدًا أجرى الأقوال.

وقال ابن الكاتب: بل يكون هذا الأول على كل حال قياسًا على أن من أحيا ما دثر مما أحياه غيره بعد أن اشتراه، بخلاف الصورة الأولى، وأنه بمثابة من أحيا ما دثر مما أحياه غيره من غير شراء.

(ع): وفي التشبيه نظر؛ لأن الشراء إن كان من مالك كان ذلك مانعًا من إلحاق مسألة الصيد بها، وإن كان ممن ملك بالتحجير فلا أثر للتحجير عندنا فالبيع في غير محل.

(خ): وفي كلامه نظر، والظاهر أن ابن الكاتب لم يرد ما ذكره، بل مراده من اشترى ممن ملك بإحياء، ثم دثر، ولا شك أنه كالصيد، والله أعلم.

(ص): **(ولو رأى واحد من جماعة، فَبَادرَ غيره فللمبادِر، فإن تنازعوا وكل قادر فلجميعهم)**

(ش): لأن الصيد إنما يملك بوضع اليد لا بالنظر، وأما الثانية، فإنما جعل لهم قطعًا للنزاع، ولعدم ترجيح بعضهم.

(ص): **(وما قُطِعَ من الصيد إن كان نصفه أو كثيرًا منه أُكِلَ؛ فإن كان يسيرًا لم يؤكل، وإن قتل على المشهور بخلاف الرأس فإنه يُؤْكَلُ معه)**

(ش): حاصله: إن قطع النصف أو الأكثر أكل الجميع، وإن قطع الأقل فهو على قسمين: إن أمكن أن يعيش معه لم يؤكل المقطوع اتفاقًا، وأما بقيته فيؤكل بلا خلاف.

والأصل فيه ما رواه الترمذي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: "مَا أُبِينَ مِنْ الحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ"(١).

وإن لم يمكن أن يعيش معه فهو أيضًا على قسمين: إما أن يكون عدم الحياة من نفس القطع، وفيه قولان: المشهور: أنه لا يأكله.

وفي "الجلاب": الأكل، قال: إن قطع رأسه، أو وسطه، أو ما لا حياة له بعده جاز أكله كله.

وإمَّا أن يكون بسبب منفصل، كما لو قطع خطمه؛ فإن كان ذلك سببًا للموت لا من نفس القطع، بل لأنه سبب للجوع اللازم عن القطع ولو قدر أن يجعل في حلقه ما

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١٤٨٠).

يتغذى به لعاش، فهو ملحق بما لا يكون عنه موت.

(ع): وهذه طريقة البغداديين، ومال إليها كثير من المغاربة، وجمهور المتقدمين على أن اليسير لا أثر له إلا أن يكون الرأس فإنه يؤكل اتفاقًا، انتهى.

وفي "الموازية": قال مالك، وربيعة: من رمى صيدًا فأبان وركيه مع فخذيه، فلا يؤكل ما أبان منه وليأكل باقيه، وكذلك لو قطع يديه أو رجليه.

وفي "العتبية " عن ابن القاسم: كل ما ضربه من الوركين إلى الرأس فجزله جزلتين فليؤكل جميعه، ولو أبان فخذيه ولم تبلغ ضربته إلى الجوف فلا يؤكل ما أبان منه ويؤكل ما بقي.

زاد ابن حبيب: وإن أبين العجز مع ذلك.

قال في "البيان": والصواب أكل الجميع، وإن بقي العجز، لأنه لا يعيش بعد العجز.

ابن يونس وغيره: وليس ما في "الموازية " مخالف لما في "العتبية"، وإنما معنى ما في "الموازية": أنه لم يبلغ الجوف، وحمله بعضهم على الخلاف، وأن مذهب ابن القاسم اعتبار وصول القطع إلى الجوف، فيحصل في معنى الجوف القطع نصفين، ولا يشترط ذلك على ما في "الموازية".

ومرادهم بالمبان: ما أبين بالكلية، وبقي معلقًا بالجلد، أو مع يسير من اللحم، وأمَّا لو بقي بحيث يعلم أنه يلتحم فإنه يؤكل جميعه، ونصّ على ذلك في "الموازية".

فائدة

قال اللخمي: فعل الجوارح من الكلاب والبزاة بالصيد ذكاة بتسعة شروط:

ثلاثةٌ في الجوارح، وهي: أن يكون مُعلّمًا، وخرج بإرسال من هو في يده، ومضى لما أرسل إليه ولم يشتغل عنه.

وثلاثةٌ في المرسل عليه، وهي: أن يكون الصيد في موضع لا يقدر على أخذه إلا بذلك، ويراه الكلب والبازي، وليس في غيطة ولا أكمة، ويكون الموت من جراحته، وليس من صدمته، ولا خوف منه.

وثلاثةٌ في المرسل، وهي: أن يكون في طلبه ولم يرجع عنه، وأن تصح ذكاته، وأن يكون مُسْلِمًا.

فهذه جملة متفقٌ عليها؛ فإن انخرم شيءٌ منها لم يؤكل، وفي بعضها خلاف.

كتاب الذبائح

جمع ذبيحة.

الجوهري: و(الذَّبيح): المذبوح، والأنثى: (ذبيحة)، وثبتت التاء لغلبة الاسمية، و(الذَّبح) مصدر ذبحت الشاة، و(الذِّبح) بالكسر: ما يذبح، قال الله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧].

وقال غيره: و(الذَّبح) في اللغة: الشَّق، وفي الشرع: شق خاص، فيحتمل أن يكون من باب التواطؤ، ويحتمل أن يكون من باب الاشتراك.

وحكمة مشروعية الذَّبح: إزهاق النفس بسرعة واستخراج الفضلات، ولما قضى الله تعالى على خلقه بالفناء، وشرف بني آدم بالعقل، أباح لهم أكل الحيوان؛ قوةً لأجسامهم، وتصفيةً لمرآة عقولهم، وليستدلوا بطيب لحمها على كمال قدرته تعالى، وليتنبهوا على أن للمولى بهم عناية؛ إذ آثرهم بالحياة على غيرهم.

(ص): (**والإجماع على تحريم الميتة، وإباحة المُذَكَّى المأكول، والنظر في الذابح، والمذبوح، والآلة، والصفة...**[1])

(**ش**): ذكر المُصَنِّف هذه المقدمة؛ لأنَّه إذا كانت الإباحة متوقِّفة على الذَّكَاة يجب الاعتناء بها، والمراد بـ (المأكول): المباح، فيصير تقدير كلامه: وإباحة المذكى المباح، وذلك غير سديد.

وقوله: (والنظر في الذابح... إلخ) يعني: أن أركان هذا الباب أربعة، ثم شرع فيها الأول فالأول[2].

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٢٢٣.

(٢) والإجماع: على إباحة المذكى المأكول فقال المصنف: والمراد بالمأكول المباح فيصير تقدير كلامه وإباحة المذكى المباح وذلك غير سديد انتهى. وسبقه إلى ذلك ابن عبد السلام.
وقال ابن عرفة: الحيوان المأكول ذو النفس السائلة إن ذكي أو كان بحريا غير خنزير وطافيه حلال وغيره ميتة حرام لغير مضطر إجماعا فيهما غير الأخيرين وذي نفس غير سائلة.
وقول ابن عبد السلام: مرادهم بالمأكول ما أبيح أكله فقول ابن الحاجب أجمعوا على إباحة المذكى المأكول غير سديد لأن تقديره أجمعوا على إباحة أكل المذكى المباح الأكل يرد بأن
=

(ص): (وتصبح ذكاة المسلم المُميِّز، فيخرج المجنون، والسكران، والمرتد عن الإسلام، والمجوسي، والصابئ)

(ش): أي: تصح ذكاة المسلم المميز باتفاق، وأخرج بالمسلم المرتد، والمجوسي، والصابئ، ولا فرق في المرتد بين أن يرتد إلى دين أهل الكتاب أو لا.

وقال اللَّخْمِيّ: ينبغي أن تصح ذكاة المرتد إلى أهل الكتاب؛ لأنه صار من أهل الكتاب، وإن صار غير معصوم الدم كالحربي، وأباح أهل المذهب ذبيحة السامرية، وهم صنف من اليهود، وإن أنكروا البعث، لكن إنما ينكرون بعث الأجساد، ويُقرون ببعث الأرواح، وهذا عليه جماعة من اليهود، ومنعوا ذبيحة الصابئين؛ لأنَّهم بين النصرانيَّة والمجوسيَّة.

ابن بشير: وقليل من رأيت يطلع على مذهبهم، لكن الذي يتحصل منه أنهم موحدون، ويعتقدون تأثير النجوم، وأنها فعالة.

وعن مجاهد: أن الصابئين بين اليهود والمجوس، وعن قتادة: أنهم يعبدون الملائكة، ويصلون للشمس كل يوم خمس مرات، وينبغي لمن نزل به شيء من أمرهم أن يبحث عن معتقدهم[1].

وقال الطرطوشي: لا تؤكل ذبيحة الصابئ، وليست بحرام كتحريم ذبائح المجوس.

ابن الموَّاز: وتؤكل ذبيحة النصرانيّ العربيّ، والمجوسيّ إذا تنصر، ولهذا قال المُصَنِّف: (والمُرتد عن الإسلام)؛ ليفهم أن الارتداد عن غيره غير مؤثر.

=

مرادهم به ما أبيح أكله بتقدير ذكاته لأنهم يطلقونه عليه حيا. وجواب ابن هارون بأن مراده ذكر الإجماع على إعمال الذكاة يرد بأنه وإن سلم على بعده لا يرفع ما ادعى من قبح تركيب كلامه انتهى. وقوله لأنهم يطلقونه عليه حيا أي يطلقون المباح على الحيوان حالة كونه حيا والله أعلم. وحكمة مشروعيته إزهاق الروح بسرعة واستخراج الفضلات ولما قضى الله على خلقه بالفناء وشرف بني آدم بالعقل أباح لهم أكل الحيوان قوة لأجسامهم وتصفية لمرآة عقولهم وليستدلوا بطيب لحمها على كمال قدرته وليتنبهوا على أن للمولى بهم عناية إذ آثرهم بالحياة على غيرهم. مواهب الجليل ٣١٢/٤.

(١) لمالك: ذكاة رجال الكتابين ذميهم وحربيهم جائزة فسوى بينهم. ابن القاسم: نساءهم وصبيانهم مطيقي الذبح.

ابن المواز: وتؤكل ذبيحة النصراني العربي وذبيحة المجوسي إذا تنصر. التاج والإكليل ٢٣٨/٤.

وأخرج المُصَنِّف بقوله: (المميّز) الصبي غير المميّز، والمجنون، والسكران، فلا تصح ذكاتهم؛ لأنَّ الذَّكَاة تفتقر إلى نيَّة بإجماع، والنِّيَّة لا تصح منهم.

وفي "البَيَان": ستَّة لا تجوز ذبائحهم، وستَّة تُكره، وستَّة يختلف في ذبائحهم. أمَّا الستَّة الذين لا تجوز ذبائحهم: الصغير الذي لا يعقل، والمجنون في حال جنونه، والسكران الذي لا يعقل، والمجوسيّ، والمرتد، والزنديق.

والثانية: الصغير المميّز، والمرأة، والخنثى، الخَصِيّ، والأغلف، والفاسق.

والثالثة: تارك الصلاة، والسكران يخطئ ويصيب، والبدعي الذي يختلف في تكفيره، والعربي النصراني، والنصراني يذبح للمسلم بأمره، والعجمي يجيب إلى الإسلام قبل البلوغ.

(ص): **(وتصحُّ من الصبي المميّز والمرأة، من غير ضرورة على الأصح)**

(ش): يعني: أن الصبي المميّز، والمرأة إن اضطر إلى تذكيتهما جازت وصحَّت، فإن لم يضطر، فظاهر المذهب أن في صحة تذكيتهما قولين، والقول بعدم الصحة غير معلوم في المذهب.

ابن عبد السلام: والذي حكاه غيره أن الخلاف إنما هو في الكراهة، ونفي الكراهة مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، والكراهة لمالك في "الْمَوَّازِيَّة".

ابن بشير: وفي المذهب رواية بعدم الصحة، وهي محمولة على الكراهة.

وعن مالك: تذبح المرأة أضحيتها، ولا يذبح الصبي أضحيته، فرأى بعضهم أن هذا يدل على أن ذبيحة الصبي أشد كراهة.

وحكى اللَّخْمِيّ عن أبي مصعب قولا آخر بالكراهة مطلقًا، وإن كان من ضرورة.

(ص): **(وفي الصبي والمجوسي يُسلِمُ أو يرتدُّ قولان)**

(ش): تقديره: أو الصبي المسلم يرتد، وحذف ذلك لقرينة الارتداد؛ لأنَّه إنما يستعمل عرفًا في المرتد عن الإسلام، ومنشأ الخلاف إن نظرنا إلى حالهما وقت الذبح، أكلنا ذبيحة الذي أسلم، ولم نُبِحْ ذبيحة المرتد، وإن راعينا الأصل انعكس الحكم.

ومذهب "الْمُدَوَّنَة[2]" عدم أكل ذبيحة من ارتد قبل البلوغ، وذكر المُصَنِّف في (باب

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٢.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٣.

الرِّدَّة) أن الأصح الحكم بإسلام المميّز[1].

(ص): (وأما الكافر الكتابي بالغًا أو مميّزًا، ذَكرًا أو أنثى، ذِمِّيًّا أو حَرْبيًّا، ممَّن لا يستحل الميتة، إن ذبح لنفسه ما يستحله؛ فمذكًّى)

(ش): في "الْمُدَوَّنَة[2]": ورجال الكتابيين، ونساؤهم، وصبيانهم إذا أطاقوا الذبح، سواءٌ في إجازة أكلها، ولا شك على القول بكراهة ذبيحة الصبيّ المميِّز، والمرأة المسلمَين في كراهة ذكاتهما هنا.

واحترز بقوله: (ممَّن لا يستحلُّ الميتة) ممَّن يستحلها، وسيأتي حكمه.

وعدل المُصَنِّف عن أن يقول: الشراء من ذبائحهم، والأصل في هذا أن الله تعالى أباح لنا طعامهم.

(ص): (وما لا يستحلُّه إن ثبت بشرعنا، كذي الظفر، فمشهورها التحريم، وإلا فالعكس)

(ش): يعني: أن في المسألتين ثلاثة أقوال: التحريم فيهما؛ لأنه ليس من طعامهم، فلا يحل لنا، ولأنَّ الذَّكَاة تفتقر إلى نية وهم لم ينووها.

والثاني: الإباحة فيهما، وهو قول ابن وهب وابن عبد الحكم، نظرًا إلى وجوب الذَّكَاة: قد انتسخ شرعهم بشرعنا، والمشهور الفرق؛فما ثبت تحريمه عليهم بشرعنا، فهو حرام، كذي الظفر، وما لم يثبت تحريمه بشرعنا، فهو جائز، كالذي يجدونه فاسد الرئة، ويسمَّى: الطريقة.

وزاد ابن بشير قولا ثالثًا فيما ثبت تحريمه بشرعنا بالكراهة، وهو يؤخذ من بعض

---

(١) ولا تجوز ذبيحة من ليس بكتابي ولا الصابئة المعتقدة تأثير النجوم لأنهم كالمجوس وهذا كله إذا باشرنا الذكاة أما إذا غاب الكتابي على ذبيحته فإن علمنا استحلالهم للميتة كبعض النصارى أو شككنا لم نأكل وان علمنا تذكيتهم أكلنا قال أبو إسحاق أكره قديد الروم وجبنهم وجبن المجوس لأجل ما فيه من إنفحة الميتة تنبيه كراهيته ينبغي أن تحمل على التحريم بدليل كراهيته لجبن المجوس وهي محرمة ولا يختلف اثنان ممن يسافر أن الافرنج لا تتوقى الميتة ولا تفرق بينها وبين الذكية وأنهم يضربون الشاة حتى تموت وقيذة بالعصا وغيرها ويسلون رؤس الدجاج من غير ذبح وهذه سيرتهم وقد صنف الطرطوشي رحمه الله في تحريم جبن الروم كتابا وهو الذي عليه المحققون فلا ينبغي لمسلم أن يشتري من حانوت فيها شيء منه لأنه ينجس الميزان والبائع والآنية. الذخيرة ٤/١٢٤.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٣.

النسخ، كقول المُصَنِّف: (فمشهورها التحريم).

وذكر في "الْمُدَوَّنَة[1]" في الطريقة قولين: مرة على الكراهة، ولم يحرمه. وعلى هذا ففي قوله: (وإلا فالعكس) نظر؛ لأنَّه يقتضي أن المشهور الجواز؛ إذ هو عكس التحريم حقيقة، والذي رجع إليه مالك الكراهة.

ورأى صاحب "البَيَان" أنَّه لا يحل لنا أن نأكل ما ذبحوه من ذي الظفر بلا خلاف، وأن ما وقع ممَّا يوهم خلاف ذلك، فهو راجع إليه.

فَرْعٌ:

اختلف في شحوم اليهود[2]، فحكى اللَّخْمِيّ فيها الثلاثة الأقوال التي تقدَّمت فيما ثبت تحريمه عليهم بشرعنا، وزاد رابعًا بالفرق، وبجواز الشحم؛ لأن الذَّكَاة لا تتبعض، بخلاف ما ثبت تحريمه بشرعنا.

والقول بتحريمه لمالك في "كتاب محمد"، ونسب لابن القاسم وأشهب في "المبسوط " الجواز، وهو قول ابن نافع.

ابن شاس: والمشهور من قول ابن القاسم كراهته، وهو الذي اقتصر عليه ابن الجلاب.

ابن حبيب: لا يؤكل من طعامهم ما حرم الله عليهم، فمنه كل ذي ظفر؛ الإبل، وحمر الوحش، والنعام، والإوَزْ، وكل ما ليس بمشقوق الظلف، ولا منفرج القائمة، وشحوم البقر والغنم الشحم الخالص؛ كالثَّرْب والكِلاء، وما لصق بالقَطِنَة، وما أشبهه من الشحم المحض.

(ص): **(وأما من يستحل الميتة فإن غاب عليها لم تُؤكل)**

(ش): كالفرنج، فإنهم يستحلونها، ويلحق بمن عُلم منه استحلال الميتة من شك فيه، قاله في "الجواهر".

ومفهوم قوله: (فإن غاب) أنه لو لم يغب عليها لأبيح لنا الأكل، وبذلك صرح الباجي، وصاحب " الذخيرة".

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٤.

(٢) عبد الوهاب: شحوم اليهود المحرمة عليهم مكروهة عند مالك، محرمة عند ابن القاسم وأشهب، وقد روي عن مالك، اللخمي: الاختلاف في ذي ظفر كالاختلاف في الشحوم. وقيل: يجوز الشحم لأن الذكاة لا تتبعض. التاج والإكليل ٤/٢٥٢.

والقياس: ألا تؤكل، على ما قاله الباجي في تعليل ما حرم على أهل الكتاب، من أن الذَّكَاة لا بد فيها من النِّيَّة، وإذا استحل الميتة، فكيف ينوي الذَّكَاة؟ وإن ادَّعى أنه نواها، فكيف يصدق؟! انتهى.

ونقل ابن العربي الجواز فيما قتلوه، وإن رأينا ذلك لأنه من طعامهم، واستبعد؛ لأنَّ معنى طعامهم: الحلال لهم، وأهل شرعهم مطبقون على تحريم ذلك.

(ص): **(وإن ذبح الكتابي لمسلم، ففي الصحة قولان)**

(ش): إذا ذبح الكتابي ذبيحة لمسلم، ففي جواز أكلها ومنعها قولان لمالك.

(ص): **(وما ذُبح لعيدٍ أو لكنيسة كُرِهَ، بخلاف ما ذُبح للأصنام)**

(ش): قوله: (لعيد أو لكنيسة)، يريد: لعيسى أو لجبريل، زاد ابن حبيب: أو للصليب.

ابن الموَّاز: لأنَّ مالكًا خاف أن يكون داخلا في عموم قوله تعالى: ﴿أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، ولم يحرمه لعموم قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، والكراهة ظاهر المذهب.

وقال سحنون وابن لبابة: هو حرام، ورأيا مما أُهلَّ به لغير الله، وأجازه ابن وهب من غير كراهة، ورآه من طعامهم.

وأما الذبح للأصنام؛ فلا خلاف في المذهب في تحريمه. نقله ابن عبد السلام؛ لأنه مما أُهلَّ به لغير الله.

وسئل مالك عن الطعام يتَصدَّق به النَّصرانيّ عن موتاهم، فكَرِهَ للمسلم قبوله، قال: لأنه يُعمل تعظيمًا لشركهم.

ابن القاسم: وكذلك من أوصى منهم أن يباع من ماله شيء للكنيسة، فلا يجوز للمسلم أن يشتريه.

ابن شهاب: ولا ينبغي الذبح للعوامر من الجان، " وقد نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الذبح للجان".

(ص): **(وكره مالك الشراء من ذبائحهم، وقال عمر رضي الله عنه: لا يكونوا جزارين ولا صيارفة، ويُقامون من الأسواق كلها)**

(ش): هذا مختصر من "الْمُدَوَّنَة[١]"؛ لأنَّهم لا ينصحون المسلمين، ولأن مصارفتهم قد توقع في الربا.

مطرف وابن الماجشون: وينهى المسلمون عن الشراء منهم، ومن اشترى منهم لم يفسخ شراؤه، وهو رجل سوء، إلا أن يكون ما اشترى منهم مثل الطريقة وغيرها ممَّا لا يأكلونه، فيفسخ شراؤه.

وكَرِهَ مالك في "العُتْبِيَّة " بيع الجزرة من النصراني، وهو يعلم أنه يريدها للذبح في أعيادهم.

قيل لمالك في "العُتْبِيَّة": أيُكري المسلم الدَّواب والسفن إلى أعيادهم؟ قال يجتنبهم أحبُّ إليَّ.

وفي "الْمُدَوَّنَة[٢]" في (باب الإجارة): ولا يكري إبله وسفينته لهذا.

قال في "البَيَان": وهذا كما قال؛ لأنَّ ذلك مكروه ليس بحرام، قال: وروي عن مالك إجازة البيع لهم لأعيادهم، وهذا على القول بأنَّهم غير مخاطبين بفروع الشريعة، فلا يكون قد أعانهم على معصية، وأما الكراهة فتأتي على خطابهم.

فَرْعٌ:

من " العُتْبِيَّة": سمعت مالكًا، يقول: أكره جبن المجوس[٣]؛ لما يجعل فيه من أنافح الميتة، وأما السمن والزيت فلا أرى به بأسًا.

قال في "البَيَان": لفظه (أكره) فيها تجوُّز، وفي موضع آخر منها، سئل مالك عن جبن الروم، فقال: ما أحب أن أحرِّم حلالا، وأما أن يكرهه رجل في خاصة نفسه، فلا أرى بذلك بأسًا، وأمَّا أنِّي أحرِّمه على الناس، فلا أدري ما حقيقته!

قد قيل لي: إنهم يجعلون فيه أنفحة الخنزير وهم نصارى، وما أحبُّ أن أحرِّم حلالها، وأما أن يتقيه الرجل في خاصة نفسه، فلا أرى بذلك بأسًا، انتهى.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٤.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٤.

(٣) ذكر أبو إسحاق التونسي أن جبن المجوس حرام لعدم توقيهم النجاسة قطعا وجبن أهل الكتاب حلال ومثله عن مالك " رضي الله عنه " عنه البناني أنافح جمع إنفحة بكسر الهمزة وشد الحاء وقد تكسر الفاء شيء يستخرج من بطن الجدي الراضع أصفر فيعصر في صوفه فيغلظ اللبن للجبن. منح الجليل ٥/٩٦.

وكذلك قال التُّونُسِيّ: ما كان من عمل المجوس، فلا يؤكل حتى يتيقَّن حلاله، وما كان من عمل أهل الكتاب، فهو على الإباحة حتى تتبيَّن نجاسته.

ونقل عن مالك أنَّه قال: أحبُّ إليَّ غسل آنية النصراني، وأن تسألهم عمَّا قربوا إليك من الطعام وطيبه، وأما القدور التي يطبخون فيها، فأحبُّ أن يغلي فيها الماء حتى يذهب ودكها، لأكلهم الميتة والخنزير.

ولا يؤكل جبن المجوس؛ لعملهم فيه أنفحة الميتة، إلا ما لم يغيبوا عليه، وأما اللبن والزبد، فإن كانت آنيتهم نظيفة فكل، وإن شككت فدع.

وقد مال صاحب " الذخيرة " إلى تحريم قديد الروم وجبنهم، قال: لا يختلف اثنان ممن باشر وسافر أن الإفرنج لا تتوقَّى الميتة، ولا تفرق بينها وبين الذكية، وأنهم يضربون الشاة حتى تموت، ويسلون رءوس الدجاج.

وقد صنف الطرطوشي في تحريم جبن الروم كتابًا، وهو الذي عليه المحققون، فلا ينبغي لمسلم أن يشتري من حانوت فيه شيء منه؛ لأنَّه ينجس الميزان، والبائع، والآلة.

(ص): (**المذبوح: الأنعام - الجلالة وغيرها -، وما لا يَفْتَرِسُ من الوحش مباح، والخنزير حرام**)

(**ش**): هذا هو الركن الثاني، والمراد بالأنعام: الإبل، والبقر، والغنم، وما ذكره في الجلالة هو المشهور.

وفي اللَّخْمِيّ في (باب الطهارة): واختلف في الحيوان يصيب النجاسة، هل ينقله عن حكمه قبل أن يصيب تلك النجاسة؟ فقيل: هو على حكمه في الأصل في أسآرها، وأعراقها، ولحومها، وألبانها، وأبوالها، وقيل: ينتقل، وجميع ذلك نجس، انتهى، وقد نقل عن ابن حبيب الكراهة.

وفي "البَيَان": اتَّفق العلماء على أكل ذوات الحواصل من الجلالة، واختلفوا في ذوات الكرش، فكره جماعة من السلف أكل الجلالة منها وشرب ألبانها؛ لِمَا روي: "أنَّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن لحوم الجلالة وألبانها"[1].

ولا خلاف في المذهب أن أكل لحم الماشية والطير التي تتغذَّى بالنجاسة حلال جائز، وإنما اختلفوا في الألبان والأعراق والأبوال، انتهى[2].

---

(١) اخرجه ابن ماجه، برقم (٣١٨٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنه.

(٢) اتفق العلماء على أكل ذوات الحواصل من الجلالة واختلفوا في ذوات الكرش فكره جماعة أكل =

ابن عبد السلام: وكلام اللَّخْمِيّ هو الصحيح، انتهى بمعناه.

وقوله: (وما لا يَفْتَرِس من الوحش مباحٌ)؛ كالغزلان وبقر الوحش، وكلامه ظاهر.

(ص): (وأما يَفْتَرِس من الوحش فالتحريم والكراهة، وثالثها: ما يعدو حرام؛ كالأسد والنمر، والآخر مكروه؛ كالضبع والهر)

(ش): التحريم مذهب " الموطأ " لِمَا خرَّجه مالك وغيره من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أكل كل ذي ناب من السِّباع حرام"[1].

(والكراهة): هي التي يحكيها العراقيون عن المذهب، وهو ظاهر "الْمُدَوَّنَة[2]"، لقوله: ولا أحبُّ أكل الضبع، والثعلب، ولا الذئب، ولا الهر الوحشي، ولا الإنسي، ولا شيء من السباع، لقوله تعالى: ﴿قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

ويحمل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أكل كل ذي ناب من السباع " على أنه مصدر أضيف إلى الفاعل، فيكون كقوله تعالى: ﴿وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ﴾ [المائدة: ٣]، والظاهر في الضبع الإباحة؛ لِمَا في "الموطَّأ " عن عمر أن فيه كبشًا، وذلك يدل على أنه صيد لا سبع.

والقول الثالث حكاه ابن حبيب عن المدنيين من أصحاب مالك.

ولصاحب " الإكمال " طريقة أخرى؛ وهو: أنَّه لا يختلف المذهب فيما لا يعدو أنه مكروه، وليس بحرام.

والافتراس لا يختص بالآدمي، فالهر مفترس باعتبار افتراس الفأر، والعداء خاص بالآدمي، فهو أخص.

(ص): (وأما ما يُذكر أنه ممسوخ؛ كالفيل، والقرد، والضب، ففي المذهب الجواز؛

=

الجلالة منها وشرب ألبانها لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن لحوم الجلالة وألبانها. ولا خلاف في المذهب في أن أكل لحم الماشية والطير الذي يتغذى بالنجاسة حلال جائز وإنما اختلفوا في الألبان والأبوال والأعراق انتهى. قال ابن عبد السلام وكلام اللخمي هو الصحيح انتهى بمعناه انتهى كلام التوضيح. ص: "ونعم" ش: تقدم في أول الذكاة أن النعم في عرف الفقهاء اسم للإبل والبقر والغنم وخالف في ذلك ابن دريد والهروي والحريري في درة الغواص وقالوا إنه خاص بالإبل وقيل إنه اسم للإبل والبقر دون الغنم. وكلام المحكم يقتضي أنه اسم للإبل والغنم دون البقر وتقدم بيان ذلك والله أعلم. مواهب الجليل ٤/٣٤٧.

(١) اخرجه مالك، برقم (٦٤٢).

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٤.

لعموم الآية، والتحريم لِمَا يُذكر أنَّه ممسوخ)

(ش): وفي بعض النسخ: (فثالثها الجواز)؛ أي: ثلاثة أقوال: التحريم، والإباحة، والكراهة، وزاد ابن شاس مع ما ذكره المُصَنِّف: الدب والقنفد.

والذي حكاه اللَّخْمِيّ وابن بشير قولان: الإباحة والتحريم، والكراهة إنَّما حكاها ابن شاس على الباجي في القرد.

والقول بتحريمه في "الواضحة"، وهو قول ابن الموَّاز، قال: لا يحل ثمن القرد ولا كسبه، وما سمعت من مالك ولا أصحابه فيه شيئًا، قال: وقد روي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " أنَّه نهى عن ثمنه".

وجلب من الشام إلى المدينة قرد، فأمر به عمر أن يخرج إلى الموضع الذي جلب منه، وقال ابن شعبان: لا يباع.

وقد سئل عنه مالك، فقال: ليس من بهيمة الأنعام، وقد أجاز بعض أصحابنا أكله إذا كان يرعى الكلأ.

وقال الباجي: الأظهر عندي من مذهب مالك وأصحابه: أنَّه ليس بحرام؛ لعموم الآية، قال: وإن كانت كراهة فلا اختلاف فيه.

وقال ابن عبد البر: لا أعلم خلافًا بين العلماء أنَّ القرد لا يؤكل، ولا يجوز بيعه؛ لأنَّه لا منفعة فيه، انتهى.

وحكى ابن المنذر عن مالك كراهة أكل القنفذ، والصحيح في الضب الجواز، لِمَا رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس، قال: دخلت أنا وخالد بن الوليد مع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيت ميمونة، فأُتِيَ بضب محنوذ، فأهوى إليه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيده، فقال بعض النُّسوة اللاتي في بيت ميمونة: أخبروا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بما يريد أن يأكل، فرفع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يده، فقُلْتُ: أحرام هو يا رسول الله؟ فقال: "لا، ولكنه لم يكن بأرض قومي، فأجدني أعافه"[1]، قال خالد: فاجتررته، فأكلته، والنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ينظر.

والمحنوذ: المشويّ، وفي بعض طرق مسلم، أنَّه قال: (لا أدري، لعله من القرون التي مُسخت).

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٥٣٩١) ومسلم، برقم (١٩٤٨).

ومن هنا تعلم أن الصحيح في جميع ما ذكره المُصَنِّف الإباحة؛ لأنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علَّل ذلك بقوله: (لعله من القرون التي مُسِخَت)، وأكل بحضرته، ولأنَّ الله تعالى لما مسخه زالت حرمته، ولا تبعد الكراهة على أصل المذهب مراعاة للخلاف.

(ص): (وفي البغال والحمير التحريم والكراهة، وفي الخيل ثالثها: الجواز، واستدل مالك على المنع بقوله تعالى: ﴿لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨])

(ش): المشهور في البغال والحمير المنع، والكراهة أيضًا مرويَّة عن مالك.

الطرطوشي: وانعقد مذهب مالك في إحدى الروايتين - وهي رواية العراقيين - أنَّ من الفيل إلى النملة عدا ما استثنته الآية، إما مكروه أو مباح، ونحو هذه العبارة نقلها صاحب "البَيَان" عن ابن بكير[1].

وظاهر " الموطأ " في الخيل الحرمة؛ لأنَّه قال: أحسن ما سمعت في الخيل: زينة، والبغال والحمير أنها لا تؤكل؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨]، انتهى.

أي: لأنَّ الله تعالى ذكرها في سياق الامتنان، وذلك يوجب ذكر جميع منافعها، ولو كانت تؤكل لذكره كما ذكره في الأنعام، ولما اقتصر فيها على الركوب والزينة، فهم أن ذلك هو تمام المقصود منها.

(ص): (وفيها: ويجوز أكل الضبِّ، والأرنب، والوبْر، والضرابيب، والقنفذ، ولا أحبُّ أكل الضبع، والثعلب، والذئب، والهرِّ الوحشيِّ، والإنسيِّ، ولا شيء من السبَّاع)

(ش): ذكر هذه المسألة لاشتمالها على فوائد؛ منها: إفادة المشهور في بعض المسائل المتقدمة، كالضب والثعلب، ومنها إباحة القنفذ والوبر، ومنها التنبيه على أن ظاهر "الْمُدَوَّنَة[2]" في السِّباع الكراهة؛ لقوله: لا أُحبُّ.

والمراد بالقنفذ: قنفذ البر؛ لأنَّ البحري سيأتي، والضب شبيه بالتمساح، إلا أنه

---

(١) نهى عليه" الصلاة و"السلام عن أكل لحوم الحمر الأهلية ودخل مدخلها" في منع الأكل "لحوم الخيل والبغال" أي شارك أكلها في الحرمة أكل لحوم الخيل الخ وذلك أن الله تعالى لما ذكر الأنعام قال: ﴿لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ ولما ذكر هؤلاء لم يذكر غير الركوب والزينة فدل على أنه لا يجوز فيها إلا ذلك وإلى ذلك الغرض أشار الشيخ بقوله: "لقول الله تبارك وتعالى: ﴿لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ أي يتزين بها "ولا ذكاة في شيء منها" أي من ذي الناب وما بعده أي لا تعمل فيه الذكاة شيئا أصلا بحيث يترتب عليها حل الأكل. الثمر الداني ١/٦٧٠.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٥.

أصغر منه، والأرنب دابة قدر الهر، إلا أن في أذنيها طولا.

عياض: (الوبْر) بسكون الباء بواحدة، وآخره راء وواوه مفتوحة: دويبة نحو الهر.

وقال ابن عبد السلام: هو بفتح الباء من دواب الحجاز، انتهى.

وفي "الجوهري": (الوبْر) بالتسكين: دويبة أصغر من السنور، كحلاء اللون، لا ذنب لها.

عياض: والضرابيب بالضاد جمع ضرب على وزن تمر، وهو حيوان ذم شوك كالقنفذ كبير.

(ص): **(ولا بأس بأكل اليربوع، والخُلَد، والحيَّات إذا ذُكِّيَ ذلك)**

(ش): اليربوع أكبر من الفأرة، رجلاه أطول من يديه.

عياض: و(الخلد) بضم الخاء وفتح اللام، كذا ضبطناه في الكتاب، وبفتح الخاء وسكون اللام وفتحها أيضًا، وبكسر الخاء وسكون اللام، وهو فأر أعمى.

التُّونُسِيّ: ويكره أكل الفأر والقرد، وأجاز في "الْمُدَوَّنَة"[1] أكل اليربوع والخلد؛ وهو فأر أعمى، وأظن له نابًا، فلعله لا يفترس.

قوله: (والحيَّات إذا ذُكِّيَ ذلك)، كذا في "الْمُدَوَّنَة"[2] وزاد فيها: إذا ذُكِّيَت في موضع ذكاتها.

وصفة ذكاتها: أن يقطع من جهة رأسها شيء، وكذلك من عند ذنبها دفعة واحدة، ولو بقي منها شيء ولو جلدة لم تؤكل؛ إذ السم يسري في ذلك المحلين، وذلك في سبيل علم الطب.

ابن حبيب: ويكره أكلها لغير ضرورة.

(ص): **(ويؤكل خَشَاش الأرض، وذكاته كالجراد)**

(ش): وهذا كقوله في "الْمُدَوَّنَة"[3]: ولا بأس بأكل خشاش الأرض وهوامها، وذكاة ذلك كذكاة الجراد، وقال الباجي: أكل الخشاش مكروه.

وفي ابن بشير: المخالفون يحكون عن المذهب جواز أكل المستقذرات، والمذهب خلافه.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٥.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٦.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٦.

ابن هارون: وظاهر المذهب كما ذكر المخالف. والأفصح في (الخشاش) فتح الخاء، وفيها أيضًا ضمها وكسرها، وهو الدود والبعوض.

(ص): **(وفيها: وإن وقع الخشاش في قدر أُكل منها، واستشكل لأكله، حتى قال أبو عمران: سَقَطَ لا، وقال آخرون: يعني ولم يتحلل)**

(ش): قد تقدمت هذه المسألة في (باب الطهارة).

(ص): **(ودود الطعام لا يحرم أكله مع الطعام)**

(ش): تصوره ظاهر، فإن قلت: روى أبو داود أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " أوتي بتمر عتيق، فجعل يفتشه يخرج منه السوس"[١]، وذلك يدل على التحريم، والكراهة، فالجواب: يجوز أن يكون ذلك لإعافة نفسه ذلك صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، كما فعل في الضب، فإن انفرد عن الطعام، فلا شك أنه من جملة الخشاش، وقد تقدَّم حكمه[٢].

(ص): **(والضفادع من صيد الماء، وتُؤكل ميتة البحر، وإن كانت تعيش في البر أربعة أيام، وتُرس البحر من غير ذكاة)**

(ش): قد تقدَّمت هذه أيضًا في الطهارة بما فيها من الخلاف.

(ص): **(وأمَّا الحَلَزُون؛ فكالجراد)**

(ش): أي: أنهما من صيد البر، فيفتقران إلى الذَّكَاة، وهذا هو المشهور كما سيأتي من كلام المُصَنِّف.

والقول بأنَّ الجراد لا يفتقر إلى الذَّكَاة لمطرف، قيل: لأنَّه نثرة حوت، كما روي عن كعب، وقيل: لأنَّه لا نفس له سائلة، بناءً على أنَّ ما هذا صفته لا يفتقر إلى الذَّكَاة، وضعَّفه اللَّخْمِيّ الأوَّل بأن كونه نثرة حوت لا يعرف إلا من قول كعب الأحبار عن

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٣٨٣٢) مرسلا، وأخرجه ابن ماجه موصولا برقم (٣٣٣٣) عن أنس رضي الله عنه..

(٢) تقدم أن خشاش الأرض محتاج إلى ذكاة ومن جملة ذلك الدود وصرح ابن الحاجب بأن دود الطعام لا يحرم أكله معه فهل بين ذلك تناقض فالجواب لا تناقض لأن المراد بالدود الذي يحتاج لذكاة هو المنفرد عن الطعام لا الذي معه قال ابن الماجشون ويؤكل خشاش الأرض وذكاته كالجراد ودود الطعام لا يحرم أكله معه الشيخ فإن انفرد عن الطعام فلا شك أنه من جملة الخشاش أي فيحتاج لتذكية (قوله الذي لا يصل إلى النجاسة) أسقط الشارح من تفسيره شيئا فكان يقول فأر أعمى يكون بالصحارى والأجنة لا يصل للنجاسة أعطي من الحس ما يغني عن البصر. شرح خليل للخرشي ٤/٤٨٣.

كتبهم، ولا خلاف أنه لا يجب علينا العمل بمثل هذا ولا تُعُبِّدنا به، ولأنَّه الآن من صيد البر؛ فيه يخلق، وفيه يعيش، فلم يكن لاعتبار الأصل فيه وجه، وقد حكم عمر رضي الله عنه على المحرم فيه بالجزاء، وعلى الافتقار، فقال ابن وهب: أخذه ذكاته، فيفرق بين ما يؤخذ حيًّا وميتًا، والمشهور: لا بد أن يفعل فيه فعل، فإن كان هذا الفعل مما يعجِّل موته به، فهو ذكاته باتفاق.

قال في "البَيَان": وذلك كقطع رءوسها، وإلقائها في النار والماء الحار.

وإن كان مما لا يعجل، قال في "البَيَان": كقطع أرجلها، وأجنحتها، وسلقها في الماء البارد، فسحنون لا يرى ذلك ذكاة.

ومذهب "الْمُدَوَّنَة[1]" أن ذلك ذكاة، ولفظها: ولا تؤكل ميتة الجراد، ولا ما مات منه في الغرائر، ولا يؤكل إلا ما قُطع رأسه، أو سُلق أو قُلِيَ أو شُوِيَ حيًّا، وإن لم يقطع رأسه، ولو قطعت أرجله وأجنحته فمات من ذلك لأكل، انتهى.

يريد: ولا تؤكل الرجل المقطوعة، ولا اليد ونحوها، فإن سلق منها حي مع ميت، أو قطعت أرجلها أو أجنحتها ثم سُلِقَت معها، فقال أشهب: يطرح جميعه، أكله حرام.

وقال سحنون: تؤكل الأحياء؛ بمنزلة خشاش الأرض يموت في قدر.

مالك: وذكاة الحلزون بالسلق، أو ينقر بالإبر والشوك حتى يموت، ويسمِّي الله تعالى كما يسمِّي عند قطع رءوس الجراد.

عياض: والحلزون بفتح الحاء واللام.

(ص): **(والطير كُلُّه مُباحٌ، ما يأكل الجِيَف وغيره، وروي: لا يُؤكل كل ذي مخلب من الطير، ولا كراهة في الخطاف على المشهور)**

(ش): المشهور كما ذكر إباحة جميع الطيور، وروى ابن أبي أويس، عن مالك: أنَّه لا يؤكل كل ذي مخلب من الطير.

هكذا حكى بعضهم هذا القول، وقال في "الإكمال": وحُكِيَ عن ابن أبي أويس كراهة أكل كل ذي مخلب.

وفي "مسلم"[2] و" أبي داود"[3]: "أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن أكل كل ذي

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٧.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٩٣٥)

(٣) أخرجه أبو داود، برقم (٣٨٠٣).

ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير". والقولان في الخطاف لمالك، والأصل الإباحة.

ابن بشير: ولعل هذا لأنه لا كثير لحم فيها، فدخلت في باب تعذيب الحيوان لغير فائدة.

(ص): (وأما ذوات السموم فتَحْرُم لسمومها، فإن أُمِنَتْ حَلَّت، وحيوان البحر كله مُبَاح)

(ش): تصوره ظاهر، قال في "الإكمال": جميع ما في البحر مباح عند مالك على اختلاف أشكاله وأسمائه.

ابن الجلاب: ويجوز أكل الحوت طافيًا كان أو راسيًا، والطافي: ما مات وطفا على وجه الماء؛ أي: ارتفع.

ونص مالك في "الْمَوَّازِيَّة " على أن من باع حوتًا طافيًا، ولم يبين أن للمشتري الرد؛ إذ لعله ممَّن لا يرى أكله.

(ص): (وفي خنزير البحر قولان، ووقف مالك فيه، وكَرِهَ تسمِيَتَهُ خنزيرًا)

(ش): ظاهر كلامه: أن القولين بالجواز والمنع، وكذلك قال ابن بشير، والأقرب الإباحة؛ لأنَّه لو كان الشبه مقتضيًا للمنع، لحرم إنسان الماء، وإنَّما يعرف ذلك عن الليث[1].

وفي "الْمُدَوَّنَة[2]": وتوقف مالك أن يجيب في خنزير الماء، فقال: أنتم تقولون: خنزيرًا.

ابن القاسم: وأنا أتَّقِيهِ ولا أراه حراما. وفي الجلاب: يكره أكل كلب الماء وخنزيره.

وقال في "الجواهر": وفي كراهة خنزيره وكلبه خاصة خلاف، ورأى غير واحد أن توقف الإمام حقيقة، قالوا: لعموم قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة:٩٦]، وعموم قوله تعالى: ﴿وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ [المائدة: ٣]. ورأى بعضهم أن الإمام غير

---

(١) كلب البحر وخنزيره فروى ابن شعبان أنه مكروه وقاله ابن حبيب: - وقال ابن القاسم في المدونة: لم يكن مالك يجيبنا في خنزير الماء بشيء ويقول: أنتم تقولون خنزير. قال ابن القاسم: وأنا أتقيه ولو أكله رجل لم أره حراما. التاج والإكليل ٤/٣٤٠.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٧.

متوقف فيه حقيقة، وإنَّما امتنع عن الجواب إنكارا عليهم تسميته: خنزيرًا، لغةً، ولذلك قال: أنتم تسمونه: خنزيرًا؛ يعني: أن العرب لا تسميه: خنزيرًا.

(ص): (وفي حِلِّ حمار الوحش يَدجُنُ ويُعْمَلُ عليه قولان لابن القاسم ومالك)

(ش): لا خفاء في إباحة حمار الوحش قبل تأنسه، وحديث أبي قتادة في "الصحيحين"[١] يوضِّحه، فإذا تأنَّس وصار يُحمَل عليه فقال ابن القاسم: لا يكون ذلك ناقلا والإباحة باقية، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة. وقال مالك: لا يؤكل. وتقدير كلامه: وفي حل حمار الوحش.

وفي بعض النسخ تقديم مالك فيقدر: وفي منع حمار، ويرجح الأوَّل بأنَّه لو تأنسه ناقلا للزم في الحمار الإنسيّ إذا توحَّش أن ينتقل إلى الإباحة، ولا خلاف أن ذلك لا ينتقل، وفيه نظر لمراعاة الاحتياط، والله أعلم.

(ص): (الآلة: وتجوز بكل جارح؛ من حجر، أو عود، أو عظم، أو غيره، ولو كان معه سكين)

(ش): هذا هو الركن الثالث، وظاهره: أنَّه لا رجحان للحديد على غيره؛ لقوله: (ولو كان معه سكين).

ابن عبد السلام: وهو قول في المذهب، وليس مذهب "الْمُدَوَّنَة[٢]". وفي "البَيَان": مذهب "الْمُدَوَّنَة" الجواز بغير الحديد إذا لم يجده. ونص الشيخ أبو أحمد على من ذبح بغير سكين - وهي معه - على إساءته.

وفي "مسلم"[٣] و"الترمذي"[٤] و"أبي داود"[٥] و"النسائي"[٦] أنَّه صلى الله عليه وسلم قال: "إِنَّ اللهَ كَتَبَ الإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ

---

(١) عَنْ أَبِي قَتَادَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قَالَ: "كُنَّا مَعَ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم بِالْقَاحَةِ، وَمِنَّا الْمُحْرِمُ وَمِنَّا غَيْرُ الْمُحْرِمِ، فَرَأَيْتُ أَصْحَابِي يَتَرَاءَوْنَ شَيْئًا فَنَظَرْتُ، فَإِذَا حِمَارُ وَحْشٍ يَعْنِي وَقَعَ سَوْطُهُ، فَقَالُوا: لا نُعِينُكَ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ إِنَّا مُحْرِمُونَ، فَتَنَاوَلْتُهُ فَأَخَذْتُهُ، ثُمَّ أَتَيْتُ الْحِمَارَ مِنْ وَرَاءِ أَكَمَةٍ، فَعَقَرْتُهُ فَأَتَيْتُ بِهِ أَصْحَابِي، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: كُلُوا، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لا تَأْكُلُوا، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم وَهُوَ أَمَامَنَا، فَسَأَلْتُهُ، فَقَالَ: كُلُوهُ حَلالٌ"، قَالَ لَنَا عَمْرٌو: اذْهَبُوا إِلَى صَالِحٍ فَسَلُوهُ عَنْ هَذَا وَغَيْرِهِ، وَقَدِمَ عَلَيْنَا هَاهُنَا.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٨.

(٣) أخرجه مسلم، برقم (١٩٥٨).

(٤) أخرجه الترمذي، برقم (١٤٠٩).

(٥) أخرجه أبو داود، برقم (٢٨١٥).

(٦) أخرجه النسائي، برقم (٤٤٠٥).

فَأَحْسِنُوا الذِّبْحَة، وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، وَلْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ".

وروى الدارقطنيّ، عن سالم، عن أبيه: "أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم أمر أن تُحَدَّ الشِّفَار، وأن توارى عن البهائم، فإذا ذبح أحدكم فليُجهِز"[١].

فأمرُهُ صَلَّى الله عليه وسلم بحدِّ الشِّفَار دليل على أنَّ الأولى لمن كان معه الحديد ألا يذبح بغيره، وكَرِهَ ربيعة أن يذبح الشاة وأخرى تنظر، وخفَّف ذلك مالك، واحتجَّ بالبدن.

وقد ورد في الحديث: أنَّه صلَّى الله عليه وسلم فعل ذلك، واختار ابن حبيب قول ربيعة، ورأى صف البدن عند نحرها من سنتها، قال: وليس ذلك في الذبائح.

ابن حبيب: ولا بأس بالذبح بشفرة لا نصال لها، والرمح والقدوم والمنجل الأملس الذي يؤبر به، فأما المضرس الذي يحصد به، فلا خير فيه؛ لأنه يتردد، وإن قطع كقطع الشفرة، فلا بأس به. ولكن ما أراه يفعل ذلك، وشرط ابن القصار في صفة ما يذكى به أن يفري الأوداج والحلقوم في مرة واحدة، قال: وما كان من ذلك لا يفريه إلا في دفعات، فلا يجوز، وإن كان حديدًا، قالوا: وإن لم يكن تساعده السكين حين الذبح وأدخلها من تحت الغَلْصَمَة وقطع العروق، فإنَّها لا تؤكل.

(ص): **(ما عدا السن والظُّفر المتَّصِلَيْن لأنَّهُمَا نَهْشٌ وَخَنْقٌ)**

(ش): وفي بعض النسخ: (وفي السن والظفر ثالثها: يجوز بهما منفصلين؛ لأنَّه نهش وخنق) الجواز مطلقًا، رواه ابن وهب عن مالك في "المبسوط"، واختاره ابن القصار.

والمنع مطلقًا رواه ابن الموَّاز، وقال ابن القصَّار: إنه حقيقة مذهب مالك[٢].

الباجي: وهو الصحيح، والثالث: التفصيل يجوز بهما منفصلَيْن، ولا يجوز بهما متَّصلَيْن، حكاه ابن حبيب عن مالك.

واختاره ابن رشد، وقال في "بيانه": هو الصحيح، وروى عن مالك أنه أجازه بالعظم، وكرهه بالسن. قال صاحب " الإكمال": وهو المشهور.

---

(١) أخرجه ابن ماجه، برقم (٣١٧٢).

(٢) السن والظفر المنزوعان إذا فريا الأوداج فجائزالذكاة بهما عندهم وقد كره قوم السن والظفر والعظم على كل حال منزوعة وغير منزوعة منهم إبراهيم النخعي والحسن بن حي والليث بن سعد وروي ذلك أيضا عن الشافعي. الاستذكار ٥/٢٥٥.

وفي "البخاري"[١] و"مسلم"[٢]، عن رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ؛ إِنَّا لاقُوا الْعَدُوِّ غَدًا، وَلَيْسَت مَعَنَا مُدًى، أفنذبح بالقصب؟ فقَالَ: "مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ فَكُلْ، لَيْسَ السِّنَّ وَالظُّفُرَ، وَسَأُحَدِّثُكم عن ذلك، أَمَّا السِّنُّ فَعَظْمٌ، وَأَمَّا الظُّفُرُ فَمُدَى الْحَبَشَةِ"، فهذا قد يحتجُّ به للمنع مطلقًا.

وقد يقال: في قوله: (مُدَى الْحَبَشَةِ) تنبيه على أن التذكية تجوز بهما منفصلين؛ لأنَّ الحبشة إنما يذكون بالظفر خنقًا، ألا ترى أن مدى الحبشة - وهي السكاكين - يجوز الذبح بها، ويقال: نهس ونهش.

عياض: نهشت اللحم، ونهسته بالمعجمة والمهملة، إذا أخذته بأسنانك عن العظم، وقال بعضهم: بالسين المهملة بأطراف الأسنان، وبالمعجمة بجميع الفم.

(ص): **(الصِّفَة: إن كان صيدًا فقد تقدَّم، وغيره: ذَبْحٌ ونَحْرٌ، فالنحر في الإبل، وفي البقر الأمران، والذبح في غيرهما)**

(**ش**): هذا هو الركن الرابع، وكلامه ظاهر، واستحب مالك ذبح البقر، لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]

الباجي: والخيل في الذَّكَاة كالبقر؛ يعني: على القول بجوازه.

اللَّخْمِيّ: وكذلك البغال والحمير على القول بكراهتهما، و(في غيرهما الذبح) يدخل فيه الطير جميعه، ولو كان طويل العنق كالنعامة.

ابن الموَّاز: وإن نحرت النعامة لم تؤكل.

الأبهري: وإذا نحر الفيل، جاز الانتفاع بعظمه، وعلله الباجي بأنه لا يمكن فيه إلا ذلك.

(ص): **(فإن نحر ما يُذبَح أو بالعكس لضرورة، أُكل كما لو وقع في مَهْوَاة، ولغير ضرورة فالمشهور التحريم، وثالثها: تؤكل الإبل)**

(**ش**): إذا نحرت الغنم ونحوها مما فيه الذبح فقط، أو ذبحت الإبل، وهو معنى قوله: (أو بالعكس)، فإن كان ذلك لضرورة، كما لو وقع بعير في مهواة، ولم يصل إلى لبته، جاز ذلك باتفاق، وإن لم يكن لضرورة، فثلاثة أقوال: مذهب "الْمُدَوَّنَة"[٣]:

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢٤٨٨).

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٩٧٠).

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٨.

عدم الأكل.

عبد الوهاب: واختلف أصحابنا: هل يحمل قول مالك على التحريم أو الكراهة؟ ولمَّا كان ظاهرها التحريم، قال المُصَنِّف: (فالمشهور التحريم).

ومذهب أشهب: أن ذلك يؤكل كله، والقول بالتفصيل لابن بكير.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب؛ لأنَّ الذَّبح يَتَضمَّن النَّحر وزيادة، لأنَّه قطع مجموع الودجين والحلقوم.

والنحر لا يتضمَّن الذبح؛ لأنه إنَّما يشترط قطع الحلقوم مع ودج واحد.

خليل: وفيما ذكره نظر، فقد قال الباجي: لم أر أحدًا من أصحابنا ذكر مراعاة معنًى في النحر غير اللَّبَّة.

وقال اللَّخْمِيّ: لم يشترطوا في النحر الودجين والحلقوم، كما قالوا في الذبح، وظاهر المذهب: أنَّه حيثما طعن بين اللبة والمنحر، أجزأ إذا كان في الودج، انتهى.

وقال: والنحر لا يشترط فيه قطع شيء من الحلقوم ولا الودجين؛ لأنَّ محله اللَّبَّة، وهو محل تصل فيه الآلة إلى القلب، فيموت بسرعة.

فَرْعٌ:

نص مالك على أنه إذا نحر ما يذبح أو بالعكس ناسيًا لا يعذر، قال في "البَيَان": وقيل: إن عدم ما ينحر به ضرورة تجيز ذبحه، وقد قيل: إن الجهل في ذلك ضرورة.

(ص): **(وما وقع في مهواة فعجز عنه، فطعن في جنبٍ أو كتفٍ ونحوه، لا يؤكل على المشهور)**

(ش): المشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]" و"الْمَوَّازِيَّة"، ومقابله لابن حبيب.

(ص): **(ومحل النحر اللَّبَّة، ومحل الذَّبْحِ الحَلْق)**

(ش): مذهب أكثر الشيوخ أن النحر خاص باللَّبَّة، ومذهب ابن لبابة، واللَّخْمِيّ أنه يصح فيما بين اللبة والمنحر، وأخذ اللَّخْمِيّ ذلك مما في "المبسوط"، أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بعث مناديًا ينادي: النحر في الحلق واللَّبَّة، ومن قول مالك في "الْمُدَوَّنَة[2]": ما بين المذبح واللَّبَّة منحر ومذبح، فإن نحر فجائز، وإن

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٩.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٩.

ذبح فجائز[١].

اللَّخْمِيّ: ولا يتجزَّئ في ذلك بالطعن في الحلقوم بانفراده دون أن يصيب شيئًا من الأوداج، لأنَّ ذلك مما لا يسرع معه الموت، وإنما يجزئ من ذلك ما كان يسيح معه الدم، ويسرع بالموت، لما في "الصحيح " عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: "مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَذُكِرَ عَلَيْهِ اسْمُ اللهِ، فَكُلْ"[٢].

ورد في "البَيَان " قول اللَّخْمِيّ، أما قول عمر؛ فإن المراد بالنحر الذَّكَاة، وعبر عن الذَّكَاة بالنحر؛ لأنه جُلُّ عملهم في ذلك اليوم، كما سمي ذلك اليوم: يوم النحر.

وأما مالك رحمه الله، فلم يرد أن ما بين اللَّبَّة والمذبح هو موضع النحر والذبح مع القدرة، وإنَّما أجاز ذلك إذا لم يصل إلى المذبح، ولا إلى المنحر بسقوط البهيمة في البئر؛ مراعاةً لقول من أجاز نحرها؛ حيث أمكن من جنب أو غيره، وهذا بَيِّن من مراده في "الْمُدَوَّنَة[٣]".

ابن عبد السلام: وكلام ابن رشد راجح.

(ص): (وتُنْحر الإبل قيامًا معقولة، ويستحب في الذبح الضَّجع على الأيسر للقبلة، ويوضِح محل الذبح ويُسمِّي)

(ش): هذا كله على الاستحباب، ما عدا التسمية، فقد تقدَّم الكلام عليها.

محمد: والسنة: أخذ الشاة برفق، وتُضجع على شقها الأيسر إلى القبلة، ورأسها مشرف، وتأخذ بيدك اليسرى جلد حلقها من اللحي الأسفل بالصوف وغيره، فتمده حتى تبين البشرة، وموضع السكين في المذبح؛ حيث تكون الخرزة في الرأس، ثم تُسمِّي الله، وتُمِرُّ السكين مَرًّا مجهِزًا من غير ترديد، ثم ترفع ولا تخنع، ولا تضرب بها

---

(١) وجاز وقوع الذبح محل النحر ووقوع النحر محل الذبح للضرورة من وقوع في مهواة وجزم في الشامل بضرورة عدم الآلة فقال فإن عكس في الأمرين لعذر كعدم ما ينحر به صح ولا يعذر بنسيان وفي الجهل قولان أي من غير ترجيح ولعل المراد بالجهل عدم معرفة الذبح فيما يذبح والنحر فيما ينحر لا جهل الحكم فإنه لا يعذر به اتفاقا وإنما عذر بالجهل على الوجه المذكور دون النسيان لأنه بمنزلة فقد آلة الذبح فيما يذبح وآلة النحر فيما ينحر كما أشار له (هـ) في شرحه. شرح خليل للخرشي ٤/٤١٧.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٠.

الأرض، ولا تجعل رجلك على عنقها[١].

وفي نسبة الأخير إلى السُّنَّة نظر؛ لِمَا روى مسلم: "أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما ضحَّى بكبشين وضع رجله على صفاحهما"[٢].

واستحبَّ إضجاعها على الشق الأيسر؛ لأنَّه أمكن للذبح، ولذلك روي عن ابن القاسم، أنَّه إذا كان أعسر أنه يضجعها على شقها الأيمن.

ابن حبيب: ويكره للأعسر أن يذبح، فإن ذبح واستمكن أُكِلَت.

(ص): **(فإن ترك الاستقبال أُكلت، ولو عمدًا، على المشهور، وإن ترك التسمية فكالصيد، وإن كَبَّر معها فحسن، وإن شاء زاد في الأضحية: اللهم تقبل مني. وإلا فالتسمية كافية، وأُنكر: اللهمَّ منك وإليك)**

(ش): مقابل المشهور في "الاستقبال " لابن حبيب يراه كالتسمية.

والمشهور أظهر؛ لأنَّه لم يأت في "الاستقبال " ما أتى في التسمِيَة، قال في "الْمُدَوَّنَة[٣]": وبلغ مالكًا أنَّ الجزارين يدورون حول الحفرة ويذبحون، فنهاهم عن ذلك، وأمرهم بتوجيهها إلى القبلة، وقد تقدَّم حكم التسمية في (باب الصيد).

قال في "الْمُدَوَّنَة[٤]": وليقل: بسم الله والله أكبر، وليس بموضع صلاة على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولا يذكر هنا إلا الله عز وجل، وإن شاء قال في الأضحية بعد التسمية: اللهمَّ تقبَّل مِنِّي، وإلا فالتسمية كافية.

وأنكر مالك قوله: (اللهمَّ منك وإليك)، وقال: هذا بدعة، وقال ابن حبيب: أما قوله في الأضحية: اللهمَّ تقبَّل مِنِّي، فلا بد منه، وإن شاء قال: اللهمَّ منك وإليك.

قال في "البَيَان": أي: منك الرزق وبك الهدى ولك النُّسك، وحكاه عن علي بن

---

(١) قلت: كيف ينحر الهدي في قول مالك؟ قال: قال لنا مالك: قياما، قلت: أمعقولة أم مصفوفة يديها؟ قال: قال لنا مالك: الشأن أن ينحر قياما ولا أقوم على حفظ ذلك الساعة في المعقولة إن امتنعت، ولا أرى بأسا أن تنحر معقولة إن امتنعت. قلت: أفتنحر الإبل في قول مالك؟ قال: نعم، قلت: فالبقر في قول مالك كيف يصنع بها أتنحر أم تذبح؟ قال: قال مالك: تذبح قلت: أيأمر بها بعد أن تذبح أن تنحر؟ قال: لا، قلت: وكذلك الإبل إذا نحرها لا يأمر مالك بذبحها بعد نحرها؟ قال: نعم لا يأمر بذبحها بعد نحرها. المدونة ١/٤٨٠.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٩٦٨).

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٠.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٥٥١.

أبي طالب رضي الله عنه، وهو قول سحنون، قال: وإنما كره مالك التزام ذلك على وجه كونه مشروعًا في ذبح النُّسك كالتَّسمية، فمن قال على غير هذا الوجه في بعض الأوقات أجزئ على ذلك إن شاء الله تعالى.

ابن حبيب: وإن قال: بسم الله فقط، أو الله أكبر فقط، أو لا إله إلا الله، أو سبحان الله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، من غير تسمية، أجزأه، وكل تسمية، ولكن ما مضى عليه الناس أحسن؛ وهو: بسم الله والله أكبر.

(ص): **(وإذا أفرى الحلقوم والودجين والمريء، فاتفاق)**

(ش): (أفرى) رباعي؛ أي: إذا قطع، و(الودجان) عرقان في صفحتي العنق، و(الحلقوم): القصبة التي هي مجرى التنفس.

عياض: و(المريء) بفتح الميم، وكسر الراء، وهمزة آخره، وقد يشدَّد آخره، ولا يهمز: مبلغ الطعام والشراب، وهو البلعوم، وقوله: (فاتفاق) حكى عياض فيه الإجماع.

(ص): **(وإن ترك المريء صحت على المشهور)**

(ش): والمشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، ومقابله رواه أبو تمام عن مالك.

(ص): **(فإن ترك الأوداج جملة لم تؤكل)**

(ش): لأن المقصود الأعظم، وهو إنهار الدم لم يحصل.

(ص): **(وإن ترك الأقل فقولان)**

(ش): يحتمل أن يريد بالأقل أحد الودجين؛ أي: اختلف إذا قطع الحلقوم وودجًا، وترك ودجًا، والقولان روايتان.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يريد به إذا حصل القطع في كل ودج، وبقي منهما أو من أحدهما يسير، وفي ذلك قولان للمتأخرين: المنع لعبد الوهاب، والإباحة نقلها بعضهم عن ابن محرز، والذي في تبصرته: إن بقي اليسير من الحلقوم أو من الأوداج لم تحرم[2].

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٥١.

(٢) إذا وقع النحر في المنحر قطع الودجين لأنه مجمعهما ويجزئ قطع ودج فائدة اللبة واللبب وسط الصدر وفي الكتاب الذبح في الأوداج والحلقوم لا يجزئ أحدهما ولم يعتبر المريء واعتبره ش وابن حنبل مع الحلقوم لأنه مجرى الطعام واعتبر ح ثلاثة من هذه الأربعة غير معينة لأن الأقل تبع للأكثر لنا أن المقصود بالذكاة إخراج الفضلات بأسهل الطرق والمريء مجرى الطعام =

والأقرب في الوجه الأول عدم الأكل لعدم إنهار الدم، والأكل في الثاني، وحمله ابن هارون على أن المعنى: إن ترك الأقل من الحلقوم، وفيه قولان: ذكر في "النوادر" عن ابن حبيب أنَّه إن قطع الأوداج ونصف الحلقوم فأكثر، أُكِلَت، وإن قطع منه الأقل لم تُؤكل.

وروى يحيى مثله عن ابن القاسم في الدجاجة والعصفور، إذا أجهز على أوداجه، ونصف حلقومه أو ثلثيه، فلا بأس بذلك، وقال سحنون: لا يجوز حتى يقطع جميع الحلقوم والأوداج.

(ص): **(وإن ترك الحلقوم لم تُؤكل، وأخذ اللَّخْمِيّ خلافه من قوله: يُجزئه إذا فرى الأوداج)**

(ش): أي: إذا قطع الودجين، وترك الحلقوم لم تؤكل، نص على ذلك في "الْمُدَوَّنَة[1]" وغيرها.

وأخذ اللَّخْمِيّ عدم اشتراط الحلقوم من ثلاث مسائل ممَّا وقع لمالك في كتاب "الصيد"، إذا أدرك الصيد، وقد أفرى الكلب أو البازي أوداجه، فقد فرغ من ذكاته.

ومما وقع في "المبسوط" لمالك إذا ذبح، فقطع الأوداج، فوقعت في ماء أنَّه لا بأس بأكلها، ولو كان قطع الحلقوم شرطًا، لما اكتفى بقطع الودجين، ومن أحد القولين في عدم اشتراط الغَلْصَمَة: وذلك أن آخر الحلقوم هو الجوزة، فلو كان قطع الحلقوم شرطًا، لما أجزأ القطع خارجًا عنه.

وأجيب عن الأوَّلين بأنَّه لما كان من لازم قطع الودجين في الغالب الحلقوم اكتفى بقطعهما للغالب، ولأنَّ الجارح لما قطع ودجي الصيد في المسألة الأولى حصلت ذكاته؛ إذ يكفي في ذكاة الصيد إنفاذ المقاتل، وقطع الودجين أحد المقاتل.

=

والشراب فقطعه لا يرجئ الموت وبقاء الوريد مجرى الطعام والشراب فقطعه لا يرجئ الموت وبقاء الوريد يمنع الموت فانحصر المقصود في الحلقوم لأنه مجرى النفس ولا حياة بعده وفي الوريدين بتعذر الحياة بعد الدماء وسقط المريء ويؤكده قوله عليه السلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل وإنهار الدم إنما يكون من الأوداج وأصل الإنهار السعة ومنه النهر لاتساعه للماء والنهار لاتساع الضوء فيه ومن ضرورة قطع الودجين قطع الحلقوم غالبا قال لأنه قبلهما فيدل اللفظ على الودجين مطابقة وعلى الحلقوم التزاما. الذخيرة ٤/١٣٣.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٥١.

وأما الثالث فلازم، إلا أن يقال: قطع ما فوق الجوزة يتنزل منزلة القطع في الحلقوم لاتصاله به.

(ص): **(وفي قطع نصف الحلقوم قولان)**

(ش): قد تقدَّمت القولان، لكن مفهومه يقتضي لو قطع البعض أُكل، وقد تَقَدَّم أن الخلاف فيهما سواء، وأن القولين في الطير وغيره، ونص ابن القاسم على الأكل فيما إذا قطع نصف حلقوم الطير، كما تقدَّم.

ابن عبد السلام: وبعض من لقيناه، يقول: لا يلزم ابن القاسم الذي اغتفر بقاء نصف الحلقوم في الطير أن يقول مثله في غيره؛ لما علم عادة من صعوبة استئصال قطع الحلقوم في الطير دون غيره، ومقتضى الرسالة عدم الأكل في هذه المسائل كلها؛ لقوله: والذَّكَاة: قطع الحلقوم والأوداج لا يُجْزِئ أقل من ذلك، قيل: وهو المشهور.

(ص): **(وكذلك لو لم يقطع الجوزة وأحازها إلى البدن، فثالثها: يُكْرَه)**

(ش): أي: يكون في المسألة قولان بالأكل وعدمه، وفي بعض النسخ: (ولو لم يقطع الجوزة وحازها إلى البدن، فثالثها: يكره) أي: قول بالجواز، وقول بالمنع، وقول بالكراهة، والمنع لمالك وابن القاسم وغيرهما[1].

التلمساني: وهو المشهور، وعلَّله ابن الموَّاز بأنَّه لم يقطع شيئًا من الحلقوم، والجواز لابن وهب، وأشهب، وابن عبد الحكم، وأبي مصعب.

وأنكر أبو مصعب الأول، وقال: هذه دار الهجرة والسنة، وبها كان المهاجرون والأنصار والتابعون، وكانوا يعرفون الذبح، لم يذكروا عقدة ولم يعينوها، والقول بالكراهة حكاه ابن بشير ولم يُعْزِه، وأفتى بعض القرويين بأكله للفقير دون الغني، وليس بسديد.

ابن عبد السلام: وقعت هذه المسألة بتونس قبل هذا التاريخ، فاستشار القاضي

---

(١) السنة أخذ الشاة برفق يضجعها على شقها الأيسر للقبلة رأسها مشرق يأخذه بيده اليسرى جلد حلقها من اللحي الأسفل فيمده لتبين البشرة فيضع السكين حيث تكون الجوزة في الرأس ثم يسمي الله ويمر السكين مرا مجهزا من غير ترديد، فيرفع يده دون نخع وقد حدت الشفرة قبل ذلك، ولا يضرب بها الأرض ولا يجعل رجله على عنقها ولا يجرها برجلها.وكره ربيعة ذبحها وأخرى تنظر، وكره مالك ذبحها على شقها الأيمن إلا الأعسر، وكره ابن حبيب ذبح الأعسر. التاج والإكليل ٤/٢٩٤.

فيها جماعة من الفقهاء، فأشاروا بجواز بيعها إذا بَيَّن البائع ذلك، والجوزة: الغلصمة.

تنبيه:

وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يقطع من الجوزة شيئًا ووقع القطع فوقها، وأمَّا إن بقي في الرأس دائرة، أُكِلَت اتفاقًا، قاله ابن عبد السلام، وإن بَقِيَ في الرأس أقل من دائرة - فإما أن يكون النصف أو أقل - أجزأه على القولين في قطع بعض الحلقوم.

فَرْعٌ:

فإن استأجر جزارًا، فذبح له شاة فغلصمها، ضمن قيمة الشاة في قول مالك وابن القاسم، ولا يضمن في قول غيرهما. حكاه ابن أبي زيد.

(ص): (**وإن رفع الآلة وردَّها، فإن طال لم تُؤكل، وإلا فقولان.** وعن سحنون: **إن رفع مُختَبِرًا، أُكلت، بخلاف مُعتقد التمام، قال ابن القابسيّ: العكس أصوب**)

(**ش**): قوله: (فإن طال لو تُؤكل)، لم أر في ذلك خلافًا، وهو مقيَّد بما إذا لو تركت لم تعش، وأما إن كانت حين الرفع لو تركت لعاشت، أُكِلَت. قاله ابن القصار؛ لأنَّ الثانية ذكاة مستقلة.

ابن عبد السلام: ولا إشكال في عدم الأكل إذا أعاد بعد البعد، إذا كان ذلك عمدًا أو بتفريط، وأمَّا إن كان عن غلبة، وكثيرًا ما يجري في العقر في البقر، فينبغي أن يجري الكلام فيه على عجز ماء المتطهر، انتهى.

وعن أبي محمد صالح، أنَّه قال: إن سقطت السكين من يد الذابح أو رفعها قهرًا أو خائفًا ثمَّ أعادها، فإنَّها تؤكل.

وإن لم يُطِل فأربعة أقوال: جواز الأكل، وهو مذهب ابن حبيب، واختيار اللَّخْمِيّ؛ لأنَّ ما طلب فيه الفور يغتفر فيه التفريق اليسير، وعدم الأكل، حكاه اللَّخْمِيّ، والباجي عن سحنون، والقول الثالث: تأوَّل بعضهم قول سحنون عليه.

وحكى ابن يونس عن سحنون ثلاثة أقوال: عدم الأكل، والكراهة، والتفصيل المذكور، وحكى عنه أيضًا أبو بكر بن عبد الرحمن: قلت للشيخ أبي الحسن القابسي: يجب أن تعكس هذه التفرقة إن رفع يده مختبرًا، فلا تؤكل، وإن كان على أنَّه أتمَّ الذَّكَاة، فلا تؤكل؛ لأنَّ الأوَّل رفع يده وهو شاكٌّ في تمام الذبح، والآخر رفع يده موقنًا؛ كقولهم فيمن سلم من اثنتين وكان على اليقين أنَّها أربع ثم أيقن أنَّه سلم من اثنتين أنَّه

لا يضره، ويتم باقي صلاته، فإن سلم على الشك، أبطل صلاته، فصوَّب الشيخ ما قلته، فتحصل لنا في المسألة خمسة أقوال.

(ص): (**ولو ذبح من العُنُق أو القفَا لم تُؤكل، ولو نوى الذَّكَاة**)

(**ش**): قوله: (من العُنق)؛ أي: من صفحة العنق، وعدم الأكل فيها واضح؛ إذ لا يصل إلى موضع الذَّبح إلا بعد أن ينخعها، وكذلك لو ذبح في ظلام، وظن أنه أصاب وجه الذبح ثم تبيَّن له خلاف ذلك، نص عليه في "النوادر " محمد، وأما من أراد أن يذبح من الحلقوم فأخطأ فانحرف، فإنَّها تؤكل[١].

(ص): (**وما شك هل موته من الذَّكَاة، لم يؤكل على المشهور**)

(**ش**): قد تقدَّمت قاعدة هذا في (باب الصيد).

ابن راشد وغيره: وحكايته الخلاف مع الشك وهم، وقد حكى ابن بشير الاتفاق في الشك أنها لا تؤكل.

(ص): (**بخلاف أن تضرب برجلها أو تحرِّك ذَنَبَهَا، وفي "الموطأ": أو تطرف بعينها أو يجري نَفَسُهَا**)

(**ش**): اعلم أن الذبيحة تارة تكون صحيحة، وتارة تكون مريضة، فالصحيحة يستدل على حياتها بسيلان الدم، وإذا استدل على حياتها بالسيلان فالحركة أولى؛ لأنَّ الباجي قال: لا يمكن عندي في الصحيحة أن تتحرك، ولا يسيل دمها، فلا معنى لذكره. وأما المريضة؛ فإن لم ييأس من حياتها عملت فيها الذَّكَاة، ونص اللَّخْمِيّ على أنها ملحقة بالصحيحة، وإن يئس منها، فكذلك على الصحيح قاله مالك، وفي "مختصر الوقار": لا تصح ذكاتها.

والأوَّل أحسن؛ لما في "الصحيحين" و"الموطأ": أنَّ أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنمًا بسلع، فأصيبت شاة منها، فأدركتها، فذكَّتْهَا بحجر، فسئل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ذلك، فقال: "كُلُوهَا"[٢].

---

(١) ولو نوى الذكاة وهذا الذي قاله هو ظاهر كلام ابن عبد السلام بل صريحه ونصه عند قول ابن الحاجب ولو ذبح من العنق أو القفا لم تؤكل ولو نوى الذكاة معنى قول المصنف ولو نوى الذكاة أي لا تنفعه النية إذا ذبح من القفا أو من العنق لأن الذكاة مركبة من الفعل المخصوص مع نية الذكاة فلا تجزئ. مواهب الجليل ٤/٣١٤.

(٢) أخرجه البخاري، برقم (٥٥٠٥) ومالك في الموطأ، برقم (١٠٥٤).

وفيه خمس فوائد: ذكاة النساء والإماء بالحجر، وما أشرف على الموت، وذكاة غير المالك بغير وكالة.

وحكى صاحب " الاستذكار " في ذلك الإجماع، قال: أجمعوا أنَّ المريضة التي لا ترجى حياتها، أنَّ ذبحها ذكاة إن كانت فيها الحياة حين ذبحها، وعلم ذلك بما ذكر من الحركات، وأجمعوا على أنَّها إذا صارت في حال النزع، ولم تُحَرِّك يدًا ولا رجلا، أنه لا ذكاة فيها، انتهى.

وعلى القول بأن الذَّكَاة تعمل فيها، فإن تحركت وسال دمها أُكِلَت، وإن كان السيلان فقط لم تؤكل؛ لأنَّه يسيل منها بعد الموت، وقبل أن تبرد، فلا يكون دليلا على حياتها، بخلاف الصحيحة؛ لحصول موجب الشك في المريضة دون الصحيحة، وإن تحركت ولم يسل دمها، فالمنصوص أنها تؤكل.

وخرج عدم الأكل من المنخنقة وأخواتها، والمعتبر من الحركة في هذا الباب ما عدا حركة الاختلاج، هكذا حكى ابن شاس وابن بشير. حكاه ابن يونس عن ابن حبيب.

وفي "اللَّخْمِيّ": وأما الاختلاج الخفيف وحركة العين، فترك أكلها أحسن؛ لأنَّ الاختلاج والتحرُّك الخفيف يوجد من اللَّحم بعد خروج النفس، ولا يحتاج إلى حصول جميع أنواع الحركة، بل يكفي واحد منها، ولا فرق بين حركة الأعالي والأسافل كما ذكر المُصَنِّف.

وأشار اللَّخْمِيّ إلى أن حركة الرِّجل والذنب أقوى من حركة العين؛ لأنَّ الحياة أول ما تنعدم من الأسافل.

الباجي: وقول مالك: ونفسها يجري: يعني: تتردد على حسب النفس، وأما خروج الريح من الجسد عند الموت، فليس من جريان النفس. وظاهر جواب مالك: أن عدم الحركة بعد تمام الذَّكَاة لا يمنع صحتها إذا صادفت نفسًا يجري، وعينًا تطرف حين الذَّكَاة. وحكى في "المقدمات " في وقت مراعاة الحركة ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها لا تراعي إلا أن توجد بعد تمام الذبح.

والثاني: أنَّها تراعى وإن وجدت مع الذبح.

والثالث: تراعى وإن وجدت قبل الذبح.

(ص): **(والموقوذة وما معها وغيرها مما أُنفذت مقاتله، وذلك مما يُنافي الحياة**

المستمرة، لا تنفع ذكاته على المشهور)

(ش): قوله: (وما معها) أي: في الآية الكريمة، والمنخنقة: هي ما اختنقت بحبل ونحوه.

الجوهري: وشاة موقوذة[1]: قُتِلَت بالخشب، والمتردِّية: التي سقطت في مهواة أو من شاهق، والنطيحة معلومة، وما أكل السبع؛ أي: بعضها، وهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تكون حياتها مرجوَّة، فلا خلاف في إعمال الذَّكَاة فيها.

والثاني: أن تكون قد أنفذت مقاتلها، فلا تُفِيد الذَّكَاة فيها باتفاق، على رأي بعض الشيوخ.

والثالث: إن يئس منها، لكن لم تنفذ المقاتل، فحكى الباجي وغيره قولين.

وفي "البَيَان " يتحصَّل في المنخنقة وأخواتها إذا سلمت مقاتلها ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها تذكى وتؤكل، على أنها لا تعيش من ذلك، أو أشكل أمرها كالمريضة سواء، وهو مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، على القول بأن الاستثناء في الآية متَّصل.

والثاني: أنَّها لا تذكى ولا تؤكل، عُلم أنها لا تعيش أو أشكل أمرها، بخلاف المريضة، وهو قول ابن الماجشون، وابن عبد الحكم على القول بأن الاستثناء في الآية منفصل.

والثالث: الفرق بين أن يعلم أنها تعيش أو يشكل أمرها، وهو الذي يقوم مما في "العُتْبِيَّة"، وهو على القول بأن الاستثناء في الآية منفصل. وحمل التُّونُسِيّ التي أشكل أمرها محمل التي رجيت حياتها، وحكى اللَّخْمِيّ قولين مع إنفاذ المقاتل إذا لم يكن ذلك المقتل في موضع الذَّكَاة.

ابن عبد السلام: وللشيوخ فيما أنفذت مقاتله طريقان، منهم من يزعم أنه لا خلاف منصوص في "المذهب " في عدم تأثير الذَّكَاة فيها، وإنَّما يتخرج الخلاف فيها من أحد قولي ابن القاسم فيمن أنفذ مقاتل رجل ثم أجهز الآخر عليه، هل يقتل الأول أو الثاني؟

---

(١) إن أيس من حياته بتحرك قوي مطلقا، وسيل دم، إن صحت إلا الموقوذة، وما معها لمنفوذة المقاتل: بقطع نخاع، ونثر دماغ، وحشوة، وفري ودج، وثقب مصران، وفي شق الودج: قولان. منح الجليل ١٤٩/٥.

فمن يرى قتل الثاني دون الأول يلزمه أن يقول هنا بصحة الذَّكَاة، وقدح في ذلك بعضهم بأنَّه يجوز أن يكون القتل الثاني لحقن الدماء؛ لئلا يتجرَّأ عليها، بخلاف الحيوان البهيمي.

ومنهم من يذكر الخلاف في ذلك وينسبه لابن القاسم، ولعله أخذه مما ذكرناه، وبعضهم ينسبه لابن وهب وغيره، انتهى.

وفي "التنبيهات " روى ابن القاسم الأكل بالذَّكَاة، وإن انتثرت الحشوة، وبه كان يفتي بعض الفقهاء الأندلسيين من متقدمي أصحابنا، وهو إبراهيم بن حسين بن خالد، وحاجَّ في ذلك سحنون، وأعجب ذلك ابن لبابة من قوله.

(ص): (وفيها: **وإذا تردَّت الشاة فاندقَّت عنقها أو أصابها ما يُعلِم أنَّها لا تعيش من ذلك، فلا بأس بأكلها، ظنًّا منه أنَّ دق العنق لا يُنافي الحياة المستمرة، ولذلك قال مالك: ما لم يكن قد نَخَعَهَا**)

(**ش**): لعله أتى بهذه المسألة استشهادًا للشاذ، وتنبيهًا على الجواب عنه؛ لكونه مخالفًا لما شهره، وتأويل المُصَنِّف بقوله:(ظنًّا منه.... إلخ) بعيد؛ لقوله فيها: (أو أصابها ما يُعلم أنها لا تعيش) معه، فصرَّح فيها بضد التأويل[1].

وأما استدلاله بقوله: (ما لم يكن قد نخعها)؛ فليس فيه دليل على ما أراد، بل الذي يؤخذ منه التفرقة بين دق العنق، وما أنفذت مقاتله بانقطاع نخاعه.

فَائِدَةٌ:

الباجي: والمقاتل المتَّفق عليها خمسة: انقطاع النخاع، وانتثار الدماغ، وفري الأوداج، وانفتاق المصران، وانتثار الحشوة. واختلف في اندقاق العنق من غير انقطاع نخاعه، فروى مطرف، وابن الماجشون عن مالك أنَّه من المقاتل، وروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس بمقتل حتى يقترن به انقطاع النخاع. انتهى.

واختلف أيضًا في انشقاق الأوداج من غير قطع، والخلاف مبني على خلاف في شهادة، والقول بأن ذلك ليس مقتلا لابن الحكم، وأما كسر عظام الظهر فليس مقتلا، قال صاحب "البَيَان" وغيره: وخرق المصران لا يكون مقتلا إلا إذا كان في مجرى

(١) قال مالك: إذا تردت الشاة من جبل أو غيره فاندق عنقها وأصابها ما يعلم أنها لا تعيش منه ما لم يكن قد نخعها فإنها تذكى وتؤكل لأن بعضها مجتمع إلى بعض، ولو انقطع النخاع لم تؤكل وإن ذكيت وفيها الحياة. التاج والإكليل ٣١٦/٤.

الطعام قبل أن يتغيَّر، وأما إن كان في مجراه بعد التغير، فليس بمقتل.

والفرق: أن الأول لا يحصل معه الانقطاع بالغذاء، والثاني يحصل معه ذلك، فلم يكن مقتلا.

عياض: وعد شيوخنا قطع المصران، وانتثار الحشوة وجهين من المقاتل، وقال: وهو عندي راجع إلى معنى واحد؛ وهو أنه إذا قُطع المصران أو شق، انتثرت الحشوة من الثفل، وهو بين في "الْمُدَوَّنَة[1]" في كتاب (الديَّات)، وفي هذه المسألة قال: يشق أمعاءه فينثرها، وإن كان من قال ذلك من شيوخنا ذهبوا إلى أن انتثار الحشوة: خروجها من الجوف عند شق الجوف، فمجرد شق الجوف ليس بمقتل عند جميعهم، والحشوة إذا انتثرت منه ولم تنقطع، عولجت ورُدَّت وخيط الجوف عليها، وهذا مشاهد معلوم، فليس نفس انتثارها بمقتل، فكيف وقد ذهب بعض المتأخرين من شيوخنا إلى أن شق الأمعاء إنَّما يكون مقتلا إذا كان في أعلاه، وحيث يكون ما فيه طعامًا، وذلك المعدة وما قاربها؛ لأنَّه إذا انشق هناك وانقطع خرج منه الغذاء ولم ينفذ إلى الأعضاء، ولا يتغذى الجسم فيهلك، وأما ما كان أسفل وحيث يكون فيه الثفل فليس بمقتل.

وما قاله صحيح مشاهد، وإليه يرجع عندي ما روي عن ابن القاسم وغيره، ولا يكون جميع ما جاء من ذلك خلافًا إذا نزل هذا التنزيل، وإن كان ظاهره الخلاف.

وأما قرض المصران أو إبانة بعضه من بعض، فمقتل لا شك فيه، بخلاف شقه، فإنه لا يلتئم بعد انقطاعه بالكلية، ويتعذر وصول الغذاء إلى ما بان منه، وتتعطل تلك الأعضاء تحته، ولا يجد الثفل مخرجًا من داخل الجوف فيهلك صاحبه، انتهى.

ابن رشد: وقد كان الشيوخ يختلفون في البهيمة تذبح وهي حيَّة صحيحة في ظاهرها، ثم يوجد كرشها مثقوبًا، قال: ولقد أخبرني من أثق به أنَّها نزلت برجل من الجزارين في ثور، فرفع الأمر إلى صاحب الأحكام ابن مكي، فشاور في ذلك الفقهاء، فأفتى الفقيه ابن رزق أن أكلها جائز، وأن للجزَّار بيعها إذا بيَّن ذلك. وأفتى ابن حمدين أن أكلها لا يجوز، وأمر أن تُطرح في الوادي، فأخذها الأعوان ليذهبوا بها إلى الوادي، فسمعت العامة والضعفاء أن الفقيه ابن رزق أجاز أكلها، فتغلَّبوا على الأعوان وأخذوها من أيديهم، وتوزعوها فيما بينهم وذهبوا بها؛ لمكانة الفقيه ابن رزق رحمه الله في

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٢.

نفوسهم من العلم والمعرفة.

قال ابن رشد: والذي أفتى به هو الصواب عندي.

ابن عبد السلام: وقد أخبرني غير واحد مما أثق به كثيرًا ما يعتري عندهم البقر بعض الأدواء، فيعالج بأن يشق ما يقابل الكرش، ثُمَّ يشق الكرش، فيخرج منه حينئذٍ ريح، فيكون ذلك سبب برء الثور أو البقرة من ذلك الداء، فينبغي أن ينظر في ذلك.

(ص): **(ولو ترامت يده فأبان الرأس ولو عمدًا أُكلت؛ لأنه نخعها بعد تمام الذبح، وكذلك يُؤكل ما قُطع بعد تمام الذَّبح، وكُرِهَ تعمُّده قبل موتها، وكذلك سلخُها ونخعُها)**

(ش): أي: إذا تمت الذَّكَاة فلا عبرة بما يفعله بعد ذلك، لكن كره مالك ذلك؛ لما فيه من تعذيبها، وحكى ابن نافع أنَّه كَرِهَ أكلها إذا نخعها، ولو لم يتعمد، وأما إذا قصد ابتداء إبانة الرأس، فقال ابن القاسم وأَصْبَغ: تؤكل، ولو تعمَّد ذلك أوَّلا. وقال ابن الماجشون ومطرف: لا تؤكل[1].

وتأوَّل على "الْمُدَوَّنَة[2]" القولين، ونصها: ومن ذبح فترامت يده إلى أن أبان الرأس، أُكِلَت إن لم يتعمَّد ذلك، والبحث فيه قريب ممن أمر بمسح رأسه فغسله.

(ص): **(وذكاة الجنين ذكاة أمه إن كان كاملا بشعرٍ، وإن خرج حيًا فمات لم يُؤكل، إلا أن يُبادر فيفوت، فقولان..)**

(ش): يعني: أن الجنين لا يفتقر إلى ذكاة مستقلة، والأصل فيه قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "ذكاة الجنين ذكاة أمه"، رواه أبو داود[3].

وخالفنا أبو حنيفة؛ فرأى أن الجنين يفتقر إلى ذكاة مستقلة، واحتجَّ أصحابنا عليه

---

(١) قول المدونة يؤكل أي ما لم يتعمد ذلك فلا يؤكل هذا تأويل مطرف للفظ المدونة أي للفظ مالك وأما ابن القاسم فإنه يقول إنه إذا تعمد ذلك أولا إنما تلحقه الكراهة إلا أنك خبير بأن مطرفا وابن الماجشون ليسا من شيوخ المدونة فينسب لهما التأويل وإنما قالا بعدم الأكل مع العمد فوافقهما من تأول المدونة على ذلك كما أفاده محشي.

والحاصل أن ابن القاسم يجعل مفهوم ترامت يده في كلام مالك معطلا أي ولو تعمد ذلك يؤكل وأما مطرف وابن الماجشون فلا يجعلانه معطلا وقد تقدم أنهما لا يجعلان مؤولين للمدونة لأنهما ليسا من شيوخها على أن نسبة التأويل أيضا لابن القاسم تسمح لأنه ليس من شيوخ المدونة. شرح خليل للخرشي ٤/٤٣٦..

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٢.

(٣) أخرجه أبو داود، برقم (٢٨٢٨) والترمذي، برقم (١٤٧٦).

بهذا الحديث، فإن إخباره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ذكاة الجنين بذكاة أمه يؤخذ منه ما ذكرناه، فإن قيل: لا نسلم أن قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "ذكاة أمه " خبر، بل الخبر محذوف، والتقدير: مثل ذكاة أمه، ثم حذف المضاف، وأقيم المضاف إليه مقامه.

قيل: الحذف خلاف الأصل؛ فإن قيل: يعضده رواية من روى (ذكاةَ أمِّه) بالنصب؛ إذ التقدير: أن يذكى ذكاة مثل ذكاة أمه، ثُمَّ حذف (مثل) وما قبله، وأقيم مقامه المضاف إليه، قيل: هذا مردود.

أمَّا أوَّلا: فلأن بعضهم أنكر رواية النصب، وجعل الروايات متَّفِقَة على الرفع.

وأمَّا ثانيًا: فلا نسلم هذا التقدير الذي قدرتموه؛ لأنَّ فيه حذف الموصول وبعض صفته، وهو (أن) والفعل بعدها، وذلك لا يجوز، وإنَّما النصب على إسقاط حرف الجر وهو (في) كما رواه مالك، عن ابن المسيِّب، أنَّه كان يقول: ذكاة ما في بطن الذبيحة ذكاة أمه، إذا كان قد تَمَّ خلقه ونبت شعره، أو الباء، ويكون التقدير: ذكاة الجنين حاصلة بذكاء أمه.

ولا شك أن هذا أولى من تقدير الخصم لقلة الإضمار، وكان هذا هو السبب المقتضي لعدول المُصَنِّف عن لفظ الحديث، وكأنَّه أشار إلى تقديره، والله أعلم.

وقوله: (إن كان كاملا بشعرٍ)، قال أهل المذهب: لا بد من اجتماع تمام الخلق ونبات الشعر، ولا يكفي أحدهما.

وفسر الباجي تمام الخلق بكمال خلقه، أمَّا لو خُلِقَ ناقص يد أو رجل وتم خلقه على ذلك، لم يمنع ما نقص منه من ذكاته.

قال في "الاستذكار": وروي قول مالك عن جماعة؛ منهم علي، وابن عمر، وابن المسيب، وابن شهاب، ومجاهد، وطاوس، والحسن، وقتادة: أنه إذا تم خلقه ونبت شعره أُكِل، وإن لم يتم خلقه لم يؤكل.

وقال عبد الله بن كعب بن مالك: كان أصحاب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يقولون: (إذا نبت شعر الجنين فذكاته ذكاة أمه).

وقوله: (فإن خرج حيًّا فمات لم يُؤكل)، ظاهره: لأنَّه قد استقل بحكم نفسه، وأما إذا بودر ففات، فالقول بمنع أكله. نقله ابن بشير وابن شاس، ونقله ابن عبد الغفور عن ابن كنانة إذا كان مثله لا يعيش لو ترك.

قال: ونحوه عن ابن القاسم، ونقله الباجي عن يحيى بن سعيد، والمنقول عن

مالك: أن ذكاة مثل هذا مستحبة، وهو قريب من الإباحة، حكى ابن المواز عن مالك: إن سبقه كره أكله، ونحوه في "المبسوط".

فَرْعٌ:

وأما إن ألقته الشاة أو نحوها حيًا، فنص مالك، وابن كنانة، وأَصْبَغ، وابن حبيب على أنَّه إن كان مثله يحيا أكل بالذَّكَاة، وإن كان مثله لا يعيش أو شكَّ في حياته لم يؤكل، وإن ذكي؛ لأنَّ موته يحتمل أن يكون من الإزلاق.

(ص): (وأما ما لا نفس له سائلة؛ كالجراد، فالمشهور: يفتقر ويكفي قطع رءوسها أو شيء منها، وكذلك الحرق والسَّلْق على المشهور، وقيل: غير الجراد يفتقر باتفاق)

(ش): حاصله أن في غير الجراد طريقين، وقد تقدَّم الكلام على ذكاة الجراد.

وما حكاه من الخلاف في السلق نحوه لابن بشير، وهو خلاف ما تقدَّم من كلام صاحب "البيَان" أنَّه متَّفق عليه[1].

---

(١) قال مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أنه قال: سئل عمر بن الخطاب عن الجراد فقال: وددت أن عندي قفعة نأكل منه.

قال أبو عمر: قالوا القفعة عندهم ظرف يعمل من الحلفاء وشبهها مستطيل كالذي يحمل عندنا فيه التراب والزبل على الدواب.

والقفة عندهم التي لها منها غطاء وأما عندنا فالقفه مدورة لا غطاء لها ونحن في غنى عن إعلام أهل بلدنا بها.

وفي هذا الخبر أكل عمر الجراد وهو أمر مجتمع على جواز أكله لمن شاء.

واختلف العلماء: هل يحتاج إلى ذكاة أم لا فقال مالك لا يأكل حتى يذكى وذكاته عنده قتله كيف أمكن من الدوس أو قطع الرؤوس أو الطرح في النار ونحو ذلك مما يعالج به موته إذ لا حلق له ولا لبة فيذكى فيها بنحر أو ذبح.

وقال الشافعي والكوفي وسائر أهل العلم الجراد لا يحتاج إلى ذكاة وحكمه عندهم حكم الحيتان يؤكل الحي منه والميت ما لم ينتن. الاستذكار ٣٨٢/٨.

كتاب الأضحية

(ص): **(الأضحيَّة في وجوبها قولان)**

(**ش**): عياض: (الأضْحِيَّة): بضم الهمزة، وتشديد الياء. و(إضحية) أيضًا بكسر الهمزة، وجمعها: أضاحي، بتشديد الياء.ويقال: (الضَّحيَّة) بفتح الضاد المشددة، وجمعها: ضحايا.ويقال: (أضحاة)، وجمعه: أضاحٍ، وأضحى، سمِّيَت بذلك لأنَّها تُذبح يوم الأضحى ووقت الضُّحى.

وسمِّي (يوم الأضحى) من أجل الصلاة في ذلك الوقت، كما سُمِّي (يوم التشريق) على أحد التأويلين، أو لبروز الناس فيه عند شروق الشمس للصلاة،يقال: أضحى الرجل إذا برز للشمس، والشمس تسمَّى: الضحى.

و(الضحاء) ممدود، أو من الأكل منها ذلك اليوم، يقال: تضحَّى القوم إذا تغذُّوا، وقد تُسمَّى (الأضحية) من هذا المعنى، وسُمِّي (يوم الأضحى) لذبح الأضاحي فيه، والمشهور: أنَّه سُنَّة، وللشيوخ في نقل حكمها ثلاث طرق:

أولها: أن المذهب كله أنَّها سنة، وما ذكر في الروايات مما يُوهِم خلاف ذلك، فراجع إليه.

ثانيها: أن المذهب على قولين: السُّنَّة والوجوب.

ثالثها: يزاد إلى هذين القولين ثالث بالاستحباب.

فَرْعٌ:

والمشهور: أن الضحيَّة أفضل من التَّصدُّق، قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": ولا يدع أحد الضحية ليتصدَّق بثمنها.

ابن حبيب: وهي أفضل من العتق؛ لأنَّ إحياء السُّنَّة أفضل من التطوع، وعن مالك: التصدُّق أفضل.

(ص): **(لأنَّ فيها يُستحب لمن قدر أن يُضحِّي، وفيها قال ابن القاسم: ومن كانت له أضحية فأخَّرها حتى انقضت أيام النحر أَثِمَ، وحُمل على أنه كان أوجبها)**

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٤.

(ش): لما ذكر في الأضحية قولين، ذكر كلامه في "الْمُدَوَّنَة[١]"؛ لكونه يتضمَّن القولين؛ لأنَّ قوله: (يُستحبُّ) نص في عدم الوجوب.

وقوله: (أَثِمَ) ظاهر في الوجوب؛ إذ الإثم من خصائصه، وأجيب بثلاثة أوجه:

أولها: أن التأثيم أو الاستغفار في كلامهم ليس خالصًا بالوجوب، بل يطلقون التأثيم كثيرًا على ترك السنن، وربَّما أبطلوا الصلاة ببعض السنن، ويقولون: تارك بعضها يستغفر الله، كما قال مالك في "الْمُدَوَّنَة[٢]" في تارك الإقامة.

ثانيها: وهو الذي ذكره المُصَنِّف أنَّه محمول على أنه كان أوجبها، وسيأتي بماذا تجب.

ثالثها: أن التأثيم من قول ابن القاسم واجتهاده، وما ذكره من الاستحباب من قول مالك، فلا تناقض فيه لاختلاف القائل.

واعلم أنَّ هذا الكلام ليس له هنا كبير جدوى؛ لأنَّ القولين منصوصان خارج "الْمُدَوَّنَة[٣]"، وكلامه يُوهم أنَّه للقولين أصل من كلامه في "الْمُدَوَّنَة"، وليس كذلك.

(ص): **(وتجب بالتزام اللسان أو بالنِّيَّة عند الشراء على المعروف فيهما، كالتقليد والإشعار في الهدي، وبالذبح..)**

(ش): لما ذكر أن مسألة "الْمُدَوَّنَة[٤]" حملت على الوجوب أخذ يبين بماذا تجب، وذكر أنَّها تَجِبُ بثلاثة أمور: اثنان مختلف فيهما، والثالث متَّفَقٌ عليه.

فالأولان: الأول منهما: التزام اللِّسان؛ أي: مع النِّيَّة، وإلا فاللفظ وحده يكفي.

والثاني: النِّيَّة مع الشراء، ولا يريد خصوصيَّة الشراء، بل فعل مع النِّيَّة أي فعل كان، وذكر أن هذا هو المعروف[٥].

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٥.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٥.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٧.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٧.

(٥) من كانت له أضحية فأخرها إلى أن انقضت أيام الذبح أثم وحمل على أنه كان أوجبها. قال في التوضيح وقوله أثم ظاهر في الوجوب إذ الإثم من خصائصه. وأجيب بثلاثة أوجه آخرها أن التأثيم أو الاستغفار في كلامهم ليس خاصا بالوجوب بل يطلقون التأثيم كثيرا على ترك السنن وربما أبطلوا الصلاة ببعض السنن ويقولون في تارك بعضها يستغفر الله كما قال مالك في المدونة في تارك الإقامة.

=

وفي "الجواهر": إذا قال جعلت هذه الشاة أضحية تعيَّنت، وحكى القاضي أبو الوليد في "المذهب " قولا بأنَّها لا تجب إلا بالذبح. انتهى.

وفي قوله: (حكى الباجي) قولا، نظرٌ؛ لأنَّه المذهب عند الباجي، ففي الباجي: ولا تتعيَّن الأضحية بشرائها لذلك على سبيل الوجوب، وإنَّما تتعيَّن على سبيل الوجوب بالذبح، وقال إسماعيل: وقبل فري الأوداج؛ لأنَّه قد وجد منه النِّيَّة والفعل.

وقد قال إسماعيل، وجماعة من شيوخنا: تتعيَّن بالنِّيَّة والقول باللِّسان، وتجب بذلك كما تجب بالذبح، ويكون ذلك فيها كالإشعار والتقليد في الهدي، انتهى.

وفي "البَيَان": لا تجب عند مالك بالتسمية، وقد قال إسماعيل القاضي: إذا قال: (أوجبتها أضحية) تعيَّنت، وهو بعيد. ولا تتعيَّن عند مالك إلا بالذَّبح، قال: وقال إسماعيل: لا يلزمه بدلها إذا تعيَّنت.

وفي "المقدمات": لا تجب إلا بالذبح، بخلاف الهدي الذي يجب بالتقليد والإشعار.

وقد روى ابن القاسم عن مالك في "العُتْبِيَّة " ما يدل على أنَّها تجب بالتسمية قبل الذبح، فقال: لاَ تُجَزُّ الضحيَّة بعد أن تسمى، فإن فعل انتفع بصوفها، ولم يبعه، وقال سحنون: أشهب: لا بأس ببيعه إذا جزَّه قبل الذبح، وخفَّف ذلك.

أَصْبَغ: وهو الذي يأتي على أنَّها لا تجب إلا بالذبح، وهو المشهور في المذهب، انتهى.

فصرَّح بأن المشهور عدم تعيينها بالتَّسمية، وحمل في "البَيَان " رواية ابن القاسم على الاستحباب.

وفي "التنبيهات": وقوله في "الْمُدَوَّنَة[1]" في الذي إذا ذبح أضحيته، فاضطربت

=

ثانيها وهو الذي ذكره المصنف أنه محمول على أنه كان أوجبها وسيأتي بماذا تجب.
ثالثها أن التأثيم من قول ابن القاسم واجتهاده ثم قال في القولة التي بعد هذه وهي قوله وتجب بالتزام اللسان أو بالنية عند الشراء على المعروف فيهما كالتقليد والإشعار في الهدي وبالذبح ذكر أنها تجب بثلاثة أمور اثنان مختلف فيهما والثالث متفق عليه. فالأول التزام اللسان مع النية والثاني النية مع الشراء ولا يريد خصوصية الشراء بل فعل مع نية أي فعل كان. مواهب الجليل ٣٨٨/٤.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٨.

فانكسرت رجلها أو أصابت السكين عينها، أنَّها لا تجزئه، ظاهرٌ بيِّن أنَّها لا تتعيَّن بالنِّيَّة والقصد والتسمية إلا بذكاتها؛ إذ ليس في التعيين أوضح من إضجاعها للذبح، خلاف ما ذهب إليه البغداديون من أنَّه إذا عينها أضحية تعيَّنت كالهدايا، ولم يجز له بدلها، ولم يضره ما حدث بها من عيب، انتهى.

وقال ابن يونس بعد قول إسماعيل: وهذا القول أحسن، غير أن ظاهر قول مالك خلافه، وقد قال في "الْمَوَّازِيَّة " فيمن اشترى أضحيته سليمة وأوجبها، فلم يذبحها حتى نزل بها عيب لا تجوز به في الضحايا، أنها لا تجزئه، بخلاف الهدي بعد التقليد والإشعار، وذلك أن الضحايا لا تجب إلا بالذبح، انتهى.

وفي "الذخيرة": المشهور أنَّها لا تتعين إلا بالذبح أو بالنذر، وعلى هذا قول المُصَنِّف المعروف ليس بجيد؛ لأنَّ المعروف خلافه.

وقوله: (وبالذبح) معطوف على قوله: (بالتزام اللِّسان)؛ أي: وتجب بالذبح، وهذا هو الثالث، ولا خلاف فيه.

(ص): **(وإذا لم يُوجبها جاز بدلها بخيرٍ منها، لا بدون، ولعلَّه على الكراهة، وإلا فمقتضاه جواز التَّرك)**

(ش): قوله: **(بخيرٍ منها)** يريد: أو مثلها، ولفظ " التهذيب": وله أن يبدل أضحيته بمثلها أو بخير منها[1].

قلت: فإن باعها واشترى دونها، ما يصنع بها وبفضلة الثمن؟

---

(١) ولا بأس أن يبيع الرجل أضحيته ويشتري أفضل منها بأكثر من ثمنها ولا ينبغي أن ينقص منها شيئا هذا إذا لم يوجبها ومن أخرج ثمنا لأضحية وأوجبه لذلك فيستحب له أن لا يرد شيئا منه إلى ماله وان اخرجه بغير إيجاب وفضل منه فضل صنع به ما شاء ومن اشترى ضحية عجفاء فسمنت قبل الذبح اجزأت عنه ولو اشتراها سمينة فحدث بها عيب مفسد قبل أن يذبحها ولو بعد أن أضجعها للذبح لم تجز عنه وكان عليه بدلها أن قدر عليها وما عرض لها بعد تمام ذكاتها لم يضرها ومن ضاعت أضحيته فأبدلها ثم وجدها في أيام الذبح او بعدها فليس عليه ذبحها فإن ضاعت ولم يبدلها ووجدها في أيام الذبح ذبحها وان وجدها بعد ذلك فليس عليه ذبحها وهي ماله يصنع بها ما شاء.

ولا بأس أن يضحي الرجل عنه وعن أهل بيته بالشاة الواحدة وكذلك البقرة والبدنة وسواء كانوا عند مالك سبعة أو أكثر إذا كان هو منفردا بها ويشركهم في أجرها ولا يجوز عنده أن يشترك اثنان فما فوقهما في ضحية واحدة ولا في هدي واحد. الكافي ١/٤١٩.

قال: قال مالك: لا يجوز أن يستفضل من ثمنها شيئًا، وأنكر الحديث الذي جاء في مثل هذا، وتعقَّب على البراذعي بأنَّه لم يقل في "الأم": يبدلها بمثلها، وإنَّما قال: لا يبدلها إلا بخير منها، وإن كان إبدالها بمثلها جائزًا، لكن لا ينبغي للمختصر أن يزيد شيئًا، ولعل المُصَنِّف إنَّما اقتصر على قوله: (بخير منها) لهذا، وينبغي أن يكون إبدالها بخير منها مستحبًّا، وقول المُصَنِّف: (ولعلَّه)؛ أي: ولعل منعه إبدالها بدون على الكراهة.

قوله: (وإلا فمقتضاه) يحتمل أمرين:

أولهما: وإلا فبمقتضى مشهور المذهب جواز تركها رأسًا.

والثاني: وإلا فبمقتضى عدم إيجابها جواز الترك، ووقع في بعض النسخ: (البدل) عوض (الترك).

وأشار ابن عبد السلام إلى أنه لم يصرِّح في "الْمُدَوَّنَة[1]" بما أرداه المُصَنِّف من أنه كره لمن باع أضحيته أن يستفضل بعض ثمنها؛ لاحتمال أن يكون تكلَّم على من عين ثمنًا ليشتري به أضحية، ثم اشترى بدون ذلك الثمن، واستفضل بقيته، بل هذا أولى من الأول، وفيه جاء حديث حكيم بن حزام الذي أشار إليه في "الْمُدَوَّنَة" و"العُتْبِيَّة"، ولأجل الاحتمال المذكور، واختصر البراذعي المسألة على الجواب والسؤال، وهكذا الغالب من حاله في مثل هذا.

وقد يقال: إن الكراهة فيما ذكره المُصَنِّف على الاحتمالين؛ لأنَّه إذا كره أن يستفضل من الثمن الذي أخرج ثمنًا للأضحية، فلأنَّ يكره بيع الأضحية ليستفضل من ثمنها من باب الأولى، انتهى.

وحديث حكيم المشار إليه هو ما خَرَّجَهُ التِّرمذيّ: "أَنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعثه لِيَشْتَرِي لَهُ أُضْحِيَّةً بِدِينَارٍ"، فَاشْتَرَى أُضْحِيَّةً، فَأُرْبِحَ فِيهَا دِينَارًا، فَاشْتَرَى أُخْرَى مَكَانَهَا، فَجَاءَ بِالأَضْحِيَّةِ وَالدِّينَارِ إِلَى رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: "ضَحِّ بِالشَّاةِ، وَتَصَدَّقْ بِالدِّينَار"[2].

ابن القاسم: وأنكر مالك هذا الحديث.

(ص): **(ولو مات استُحِبَّ لورثته، بخلاف ما أوجب، فإنَّها تُذْبَحُ)**

(ش): استحب للورثة الذَّبح، لأنَّ فيه تنفيذ قصد الميت كما في سائر القرب التي

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٨.

(٢) أخرجه الترمذي، برقم (١٢٥٧).

مات ولم ينفذها.

ابن عبد السلام: قال بعضهم: ولا خلاف في ذلك، انتهى.

وفي "الجواهر": استحب ابن القاسم أن يذبح عنه، ولم يره أشهب، انتهى.

وانظر هل قول أشهب ينقض الاتفاق، أو الاتفاق راجع إلى الاستحباب من حيث الجملة، وخلاف أشهب إنَّما هو راجع إلى الاستحباب عن الميت.

وقوله: (بخلاف ما أوجب) أي: فيجب عليهم ذبحه بناء على ما قدمه من أنَّها تجب، لا على المشهور.

(ص): (ثُمَّ في جواز قسمتها أو الانتفاع بشركةٍ قولان، بناءً على أن القسمة تمييز حق أو بيعٍ)

(ش): الباجي: وتورث الأضحية بعد الذبح، ولورثته أكلها.

ولا خلاف بين أصحابنا أنهم يمنعون من بيعها؛ لأنَّها إنَّما تنقل إليهم على حسب ما كان للمضحِّي فيها. وأما قسمتها؛ فروى مطرف وابن الماجشون عن مالك، وعيسى عن ابن القاسم إجازة ذلك.

ومنع منه في كتاب " محمد"، قال: لأنَّه يصير بيعًا؛ بناء على اختلاف قول مالك وأصحابه في قسمة القرعة، هل هي بيع أو تمييز حق؟ وأما قسمة التراضي فبيع.

وهكذا فرض التُونُسِيّ المسألة بعد الذبح، ونسب لابن القاسم أنَّها تؤكل، ولا تقسم على المواريث، ولأشهب القسم، قال: وقول ابن القاسم أشبه؛ لأنَّه قد وجبت قربة بالذبح، واتفق على أنَّها لا تباع في الدين، فأشبهت الحبس، فينتفع بها الورثة، غير أنهم جعلوا لجميع الورثة من زوجة وغيرها في ذلك حقًا؛ لأنَّ الميت هكذا قصد، ولا يصح أن يزيد بعض الورثة في فرضه على الانتفاع بها، ويكون على هذا حظ الأنثى مثل حظ الذكر إذا تساويا في الأكل.

وأشهب يقسمها على المواريث، ولا يقضي منها دينه، وكيف يصح ميراث قبل قضاء الدين؟ انتهى.

وإذا كان الخلاف إنَّما نقله الأشياخ إذا مات بعد الذبح، علمت أنَّ كلام المُصَنِّف ليس كما ينبغي؛ لأن كلامه إنَّما هو فيما قبل الذبح، وقد أجراه ابن عبد السلام على ظاهره، فقال: يعني إذا مات بعدما أوجبها أضحية، وضحى بها الورثة عنه، واستحب لهم ذبحها، أو مات بعد ذبحها، فاختلف، وذكر القولين، ولم أر القولين إلا فيما ذكرته،

وكذلك ذكر اللَّخْمِيّ، وابن يونس، وابن شاس، وغيرهم.

(ص): **(وتُباع مُطلقًا في الدين كما يُرَدُّ العتق والهدي)**

(ش): مراده بالإطلاق: سواء أوجبها أم لا، وهذا ما لم تذبح، فإن ذُبِحَت لم تبع، نص عليه مالك في "المختصر" و"الواضحة"، وابن القاسم في "العُتْبِيَّة".

التُّونُسِيّ: وإذا كان للغرماء بيعها قبل ذبحها، فلم لا يبيعون اللحم؟ لأنَّه يصير متعديًا بالذبح، وقد أحاط الدين بماله، فأشبه ما لو اعتق، وقد أحاط الدين بماله، فللغرماء رد عتقه، وإن كانوا عاملوه على أن يضحي، فليس لهم بيعها قبل الذبح، فانظره.

وما ذكره المُصَنِّف في الهدي - أي: بعد تقليده - نقله الباجي عن ابن القاسم، وقيَّده ابن زرقون بالدين القديم قبل التقليد.

الباجي: والفرق بين تقليد الهدي وذبح الأضحية: أنَّ التقليد لا يضمَّن به الهدي، والذبح تضمَّن به الأضحية، فكان ذلك فوتًا فيها.

(ص): **(وما أخذه عن عيب لا تُجزئ به، صنع به ما شاء)**

(ش): أي: إذا اشترى أضحيته ووجد بها عيبًا لا تجزئ معه أضحيته، فأخذ شيئًا عن ذلك العيب، فإنَّه يصنع به ما شاء[1].

قال في "العُتْبِيَّة": ويبدل مكانها إن كان في أيام النحر، وإن فاتت فهو كمن لم يُضَحِّ، فالضمير في (به) عائد على (ما)، وفي بعض النسخ: (صنع بها) فيعود الضمير

---

(١) قال ابن القاسم: من أضجع أضحيته للذبح فاضطربت وانكسرت رجلها أو أصابت السكين عينها ففقأتها لم تجزه ولكن لا يبيع لحمها لأنه قصد به النسك (أو قبله) انظر هذا ليس كالتعييب حال الذبح لأنه إنما منع من البيع لأنه قصد بالذبح النسك، ومقتضى ما يتقرر أن الأضحية إذا تعيبت قبل الذبح فهي مال من ماله.

وقد قال بعد هذا فلا تجزئ إن تعيبت قبله وصنع بها ما شاء وقد قال مالك في المدونة: من اشترى أضحية سليمة فعجفت عنده أو أصابها عور لم يجزه.

قال ابن القاسم: ولو ضلت أضحيته ولم يبدلها ثم وجدها بعد أيام النحر فليصنع بها ما شاء، وكذلك لو اشترى أضحية فحبسها حتى مضت أيام النحر فهذا والأول سواء وقد أتم حين لم يضح.

انتهى من المدونة.

وانظر قول إسماعيل القاضي فيمن اشترى أضحية فقال بلسانه قد أوجبتها إنه لا يجوز له بدلها ولا يضرها عيب دخلها. التاج والإكليل ٤/٤٠٦.

على الأضحية، إلا أن يقال: ذكر الأضحية يستلزم الحكم في العيب؛ لأنَّه إذا صنع بالأضحية ما شاء، فأحرى المأخوذ عن عيب، وفيه نظر.

ويلزم عليه أيضًا مخالفة المذهب؛ لأنَّ المنقول عن مالك عدم جواز بيعها؛ لكونها خرجت مخرج القرب، وإنَّما هو قول أَصْبَغ، ووجهه أنَّه إنَّما التزامها أضحية، والفرض أنَّها لا تجزئ كما لو ضَلَّت، ووجدها بعد أيام النَّحر.

ولو ذبحت قبل ذبح الإمام، فقال ابن القابسيّ: لا يجوز بيعها، ولو كانت لا تجزئ؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأبي بردة في العناق: "هي خير نسيكتك"، فسمى ما أجزأه وما لم يجزأه، ومن الشيوخ من قال بجواز البيع، وإنَّما أطلق على ما لم يجزه نسكًا، باعتبار قصد الذابح، يؤيِّده قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "وَمَنْ ذبح قَبْلَ الإمام فَإِنَّمَا هُوَ لَحْمٌ قَدَّمَهُ لأهْلِهِ، لَيْسَ مِنَ النُّسْكِ فِي شَيْءٍ"[1].

ونص ابن القاسم على منع بيع ما ذبح من الأضاحي يوم التروية، وأنكر ابن رشد بعد تسليمه مذهب ابن القاسم.

ونص ابن حبيب على منع بيع شاة أُضْجِعَت للذبح، فانكسرت رجلها أو أصابتها السكين في عينها.

ونص التُّونُسِيّ على منع البيع في حق من جهل، فضحَّى بذات عيب، أو وجد بها عيبًا بعد أن ضحَّى بها، واضطرب الأندلسيون فيمن اشترى أضحيته فذبحها، فوجدها عجفاء لا تنقي، هل له في ذلك مقال، ويردها مذبوحة إن شاء، أو ليس له ردّها، ويأخذ قيمة العيب خاصة؟ ووقع في بعض النسخ: (صنع بهما ما شاء)، فيكون الضمير عائدًا على الأرش والأضحية، وهو ظاهر مما تقدَّم.

(ص): **(وعن عيب تجزئ به وهي واجبة، فكلحمها، وفي أمره بذلك في غير الواجبة قولان)**

(ش): هذا كقول ابن بشير: **وإن** كانت تجزئ به، فأما **هي** فتبقى أضحية، وأما المأخوذ؛ فإن أوجبها على ما قلناه تصدَّق به، أو أكله كما يصنع بلحمها بعد الذبح، **وإن** لم يوجبها فهل يؤمر بالصدقة، أو يفعل به ما شاء؟ في المذهب قولان:

أحدهما: أنه كالجزء، فيؤمر بالصدقة أو الأكل.

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٩٦٥) ومسلم، برقم (١٩٦٢).

والثاني: أنها لا تجب، فيصنع به ما شاء.

ابن راشد: وكذلك إذا أتلفها الأجنبي فأخذ منه قيمتها، فيختلف: هل عليه أن يشتري به غيرها، أو يفعل به ما شاء؟ انتهى.

والذي نص عليه ابن القاسم في "الواضحة" من رواية أَصْبَغ، وهو قول أَصْبَغ: أنَّه إذا وجد عيبًا تجزئ بمثله بعد الذبح، أنَّه يتصَدَّق بالثمن.

ابن القاسم: وذلك بخلاف ما يرجع به من قيمة عيب بعبد قد أعتقه، هذا يصنع به ما شاء، وإن كان عيبًا لا تجزئ بمثله؛ أي: في الرقاب الواجبة.

ابن يونس: يريد: إذا كان تطوُّعًا؛ لأنَّه يجوز عتق المعيب دون الضحية به، وظاهر قول ابن القاسم أنَّه يتصدَّق به خاصة، ولا ينتفع به كلحمها.

ابن عبد السلام: وهذا خلاف ما قال المؤلف، إلا أن يتأوَّل كلامه على حذف مضاف؛ أي: فكثمن لحمها إذا بيع كما سيأتي.

خليل: والظاهر: أنَّه لا يريد هذا المحذوف؛ لأنَّه يغلب على الظن أنَّه تبع هنا.

ابن بشير: ولأنه حذف ما لا دليل عليه، فإن قيل: ما الفرق بين الأضحية والعبد على قول ابن القاسم؟ فجوابه من وجهين:

أولهما: أنَّ المقصود في الضحيَّة إنَّما هو القربة، فإذا أخرج فيها ثمنًا لم يرجع فيه، بخلاف العبد، فإنه قد يراد لمعنى فيه، فالمقصود فيه إنَّما هو فكاك رقبته، وقد حصل.

وثانيهما: ما أشار إليه بعضهم، من أن ذلك خلاف سؤال؛ لأنَّه في الأضحية أخرج الثمن لقصد القربة، وفي مسألة العبد إنَّما اشتراه ليملكه، وبعد الشراء أعتقه، ولو اشتراه بنيَّة العتق، لكان كالضحية، فيتصدَّق بالأرش، كما أنَّه لو اشترى الشاة ليملكها ثُمَّ ضحَّى بها، لم يؤمر بالصدقة بقيمة العيب.

قال في "الوجيز": وإن ابتاع أضحية فلمَّا ذبحها ظهر على عيب دلس به البائع، فقال أبو عمران: يرجع عليه بقيمة العيب.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: يردها عليه ويرجع بالثمن كله ويشتري به أضحية، فإن فضل منه شيء، فعند ابن الموَّاز يَتَصَدَّق به، وعند أشهب يأكله، انتهى.

(ص): **(وحكم لبنها وصوفها وولدها كذلك)**

(ش): أي: فيفرق بين ما أوجبه، وما لم يوجبه، وتبع المُصَنِّف ابن بشير في هذا،

والنقل لا يساعدهما، ففي "الْمُدَوَّنَة[1]": لم أسمع من مالك في لبنها شيئًا إلا ما أخبرتك، أنَّه كره لبن الهدي، وقد روي في الحديث: "لا بأس بالشرب منه بعد فصيلها"، فإن لم يكن للأضحية ولد، فأرى ألا يشربه، إلا أن يضر بها فليحلبها وليتصدق به، ولو أكله لم أر عليه شيئًا، وإنما أنهاه عنه، كما أنهاه عن جز صوفها قبل ذبحها[2].

ابن عبد السلام: وظاهرها الكراهة إذا لم يكن لها ولد، وهي أحرى إذا كان لها ولد، وعن مالك: له شربه، بخلاف لبن الهدي؛ لأنَّ الأضحية لم تجب بعد خلافه.

اللَّخْمِيّ: وقال أشهب في "مدوَّنته": يصنع اللبن ما شاء، وله أن يحرمه ولدها، ولمالك في "المبسوط": التَّفرقة؛ فيكره شربه إذا كان لها ولد، ويجوز إذا لم يكن.

هذا تحصيل القول في اللبن..

وأما الصوف ففي "الْمُدَوَّنَة[3]": لا يجوز جز صوفها قبل الذبح، ولا يبيع من أضحيته لحمًا، ولا جلدًا، ولا شعرًا، ولا غيره.

ابن الموَّاز: إلا في الوقت الذي ينبت مثله قبل الذبح.

اللَّخْمِيّ: وحكم الصوف بعد الذبح كحكم الأضحية، وأما قبله، فاتفق ابن القاسم وأشهب على أنَّه ليس له أن يجزَّه؛ لأنَّ فيه جمالا لها، واختلفا إذا فعل، فقال ابن القاسم: ينتفع به ولا يبيعه، وقال أشهب وسحنون: يبيعه.والأول أحسن؛ لأنَّه قد نواه مع الشاة لله عز وجل، وأستحبُّ أن يبيع تلك الشاة إذا جَزَّ صوفها، ويشتري غيرها كاملة الصوف؛ لأنَّ ذلك الذي فعل نقص من جمالها.

قال صاحب "البَيَان" وابن زرقون: وقول ابن القاسم: استحباب؛ لأنَّها لا تجب عنده إلا بالذبح، وقد صرَّح التُّونُسِيّ بذلك، فقال: استحبَّ ابن القاسم ألا يبيعه، وعلى هذا فقوله: (لا يجوز) ليس معناه: أنه حرام، بل معناه: لا يباح. نقل الباجي وابن يونس عن أشهب جواز الجزِّ قبل الذبح، ونحوه لابن نافع.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٠.

(٢) عورض ما هنا بما في الوصايا من أنه إذا أوصى بعتق أمة فولدت قبل موته فهو رقيق ظاهره ولا ينفذ عتقه والجامع بينهما تعلق القرب بالأمهات وأجيب بأن الوصية منحلة بالإجماع والضحية قيل إنها تتعين بالشراء. شرح خليل للخرشي ٥٥/٥.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٠.

ابن عبد السلام: ومذهب ابن نافع كراهة شرب لبنها، وهو اختلاف قول.وقال عبد الحميد: إن اشترى شاة، ونيَّتُهُ أن يجز صوفها للبيع وغيره، جاز ذلك؛ سواء جزَّه قبل الذبح أو بعده، وهو تقييد لقول من منع من ذلك إن شاء الله تعالى.

وهذا تحصيل القول في الصوف..

وأما الولد، فإن خرج بعد الذبح فسيأتي، واختلف إن خرج قبله؛ فالمشهور استحباب ذبحه كما سيأتي، وقال ابن وهب: يجب ذبحه.

وقال ابن حبيب: إن شاء ذبحه، وإن شاء تركه، وقال أشهب: لا يذبحه، ولا يجوز، هكذا نقله التُّونُسِيّ، والباجيّ، واللَّخْمِيّ.

الباجي: يريد: لأنَّ سن الأضحية معتبر، وهو معدوم في السَّخلة، وهكذا قال ابن شاس وغيره. وقول ابن عبد السلام: ورأيت لفظة: (لا يجوز) مضروبًا عليها في نسخة صحيحة من " النوادر"؛ إن أراد بذلك مجرد الإخبار دون أن يقصد تضعيف نقل هذا القول، فظاهر، وإن أراد تضعيف نقله، فليس بجيد؛ لأنَّ أئمة المذهب قد نقلوا ذلك، فيجب الرجوع إليهم.

ونقل ابن يونس عن ابن المواز أنَّه قال: واستحب أشهب ألا يذبح معها.

(ص): (**وفيها: ولا يجب ذبحه إن خرج قبل ذبحها؛ لأن عليه بدلها لو هلكت، ثُمَّ أمر أن تُمحى، والأوَّل المشهور**)

(**ش**): ظاهر كلامه أنه اختلف قول مالك، فكان أوَّلا يقول بعدم الوجوب، ثم أمر بمحوه، ورجع إلى وجوب الذبح، وليس كذلك، بل الذي أمر بمحوه، وإبقائه شيء واحد.

قال في "التهذيب": إذا ولدت الأضحية، فحسن أن يذبح ولدها معها، وإن تركه لم يكن ذلك عليه واجبًا؛ لأنَّ عليه بدل أمه لو هلكت.

ابن القاسم: ثم عرضتها عليه، فقال: امح واترك، إن ذبحه معها فحسن.ابن القاسم: ولا أرى ذلك عليه واجبًا.

واستشكل الشيوخ هذا الموضع؛ لأنَّ الذي أمر بمحوه هو قوله: (لا أرى ذلك عليه واجبًا)، والذي أبقاه هو قوله: (إن ذبحه معها فحسن) سواءٌ في الدلالة على عدم الوجوب، وأشار التُّونُسِيّ إلى اقتران عدم الوجوب دليل على ضعف ذلك الاستحسان، بخلاف ما إذا أبقى قوله: (فحسن أن يذبح معها ولدها) مجردًا عن عدم وجوب الذبح،

فإنَّه قد يفهم منه تأكيد ذلك الاستحسان، وهذا التأكيد هو الذي رجع إليه مالك، والمعنى الآخر هو الذي رجع عنه، وهو الذي اختاره ابن القاسم، فلذلك أثبت اللَّفظ الدال عليه، فقال: لا أرى ذلك عليه واجبًا.

فَائِدَةٌ:

ممحوات "الْمُدَوَّنَة[١]" أربع: هذه، ونكاح المريض إذا صح قبل الفسخ، كان مالك أولا يقول: يفسخ، ثم أمر بمحو الفسخ.

والثالثة: إذا حلف ألا يكسو امرأته، فافتكَّ لها ثيابًا من رهن، فقال مالك أولا: يحنث، ثم أمر بمحوه، وقال: لا يحنث.قال ابن القاسم: وأرى إن لم تكن له نيَّة أن يحنث.

الرابعة: من سرق ولا يمين له أو له يمين شلاء، فقال مالك: تقطع رجله اليمنى، ثم أمر بمحوه، وأمر أن تقطع يده اليسرى.

(ص): **(أمَّا لو ذُبحت فكلحمها)**

(ش): أي: إذا خرج الوليد بعد الذبح، فحكمه حينئذٍ كلحمها[٢].

ابن هارون: وهذا متَّفق عليه؛ لأنَّه كالجزء منها.

(ص): **(ولو أصابها عنده عورٌ ونحوه لم تجزه، بخلاف الهدي بعد التقليد)**

(ش): لا إشكال في هذا القول بعد الإيجاب، وأما على قول القاضي إسماعيل: إذا أوجبها فلا، كما تقدَّم.

ابن رشد: وهو بعيد؛ لأنَّه يلزم عليه إن ماتت قبل أن يذبحها أن تجزيه، ولا يكون عليه أن يعيد ضحيَّة أخرى، انتهى.

ولولا النقل لأمكن أن يقال هنا بوجوب البدل، ولو قلنا بالتعيين، والفرق بين الإيجاب في الضحية والتقليد: أنَّ التعيين في الهدي ليس من جهة المكلف، وإنَّما هو شيء أمر به المكلف، فصار بذلك كأنه وجب معينًا، والأصل في المعين عدم البدل، وأما التعيين في الأضحية، فإنَّما جاء من قبل نفسه، فلا يسقط ما طلبه الشارع من طلب

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦١.

(٢) صوفها بعد الذبح فكلحمها ولا يجزه قبل الذبح لأنه جمال لها وقال ابن القاسم لا يبيعه خلافا لأشهب (المسألة الخامسة) إذا اختلطت الضحايا قبل الذبح أخذ كل واحد منهم أضحية وضحى بها وأجزأته. القوانين الفقهية ص/١٢٨.

شاة سليمة من العيوب، ويوضح لك هذا أنَّه لو اشترى بعيرًا، وتلفَّظ بأن يجعله هديًا، ثم أصابه عيب قبل تقليده، فإنه لا يجزيه؛ لأنَّ ذلك ليس مما طلبه الشارع منه، ولقائل أن يلتزم ذلك على قول القاضي.

فقد قال ابن شاس: وإن قال ابتداءً: جعلت هذه الشاة ضحية، وهي معينة، فهل تصرف إلى مصارف الضحية، أو يعوَّض بها سليمة؟ فيها الخلاف المتقدِّم في الهدي.

وكذلك لو قال: لله عليَّ أن أضحي عرجاء، فهل تلزمه سليمة، أو لا تلزمه إلا العرجاء؟ فيه الخلاف المتقدِّم.

(ص): **(وكذلك لو ضلَّت إلى أن انقضت أيَّام النحر فوجدها، صنع بها ما شاء، وكذلك لو حبسها إلا أنَّ هذا إثم)**

(ش): يعني: ولكونها لا تتعين يكون الحكم كذلك، فالإشارة بذلك إلى عدم التعيين اللازم من وجوب بدلها إذا طرأ بها عيب[1].

قال في "الْمُدَوَّنَة[2]": وإن وجدها في أيام النحر فليذبحها، إلا أن يكون قد ضحى ببدلها، فيصنع بها ما شاء.

قيل: وينبغي على قول القاضي إسماعيل الذي يرى أنَّها تجب بالنِّيَّة.والقول: أن يذبحها إذا وجدها في أيام النحر، ولو كان ضحَّى بغيرها، قال هذا القائل: وكذلك إذا مضيت أيَّام النحر، وتقدَّم الكلام على قوله: (إثم)، وفي بعض النسخ (ولذلك) باللام.

(ص): **(ولو اختلطت بعد الذبح أو جزؤها، ففي جواز أخذ العوض قولان)**

(ش): ظاهر قوله: (ففي جواز أخذ العوض)، أنَّه لا فرق في العوض بين أن يكون من الجنس أو من غيره، وظاهره: أن القولين فيها بالجواز والمنع، ولم أَرَ في الجنس قولا بالجواز، بل القولان فيه بالكراهة والتحريم، ففي اللَّخْمِيّ: قال يحيى بن عمر في رجلين أمرا رجلا أن يذبح لهما فاختلطا بعد الذبح: أنَّهما يجزيان من الضحية، ويتصدَّقان بهما، ولا يأكلان منهما شيئًا.

وقال محمد بن المواز في رءوس الأضاحي تختلط عند الشواء: أكره لك أن تأكل

---

(١) قال ابن القاسم: ولو ضلت أضحيته ولم يبدلها ثم وجدها بعد أيام النحر فليصنع بها ما شاء، وكذلك لو اشترى أضحية فحبسها حتى مضت أيام النحر فهذا والأول سواء وقد أتم حين لم يضح. التاج والإكليل ٤/٤٠٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٦١.

متاع غيرك، ولعل غيرك لا يأكل متاعك.

محمد: ولو اختلطت برءوس الشواء لكان خفيفًا؛ لأنَّه ضامن كمن ضمن لحم الأضاحي، وقد قيل: ليس له طلب القيمة.

اللَّخْمِيّ: فعلى قول محمد يجوز إذا اختلطت الشاتان أن يأكلاهما؛ لأنَّه إنَّما كره أكل الرأس لإمكان أن يكون الآخر تصدَّق به ولم يأكله، فلا تأكل أنت متاعه، وهذا استحسان[1].

واعترض عبد الحق قول يحيى، وقال: وما أرى المنع من أكلها، وهي شركة ضرورية تشبه شركة الورثة في أضحية مات صاحبها، وأما القولان في أخذ العوض من غير الجنس، فلم أر فيه قولا بالمنع، نعم، هو يلزم على قول يحيى؛ لأنَّه إذا منع أخذ العوض من الجنس، فالمنع في غيره أولى.

وعن ابن القاسم: أستحبُّ لمن سرقت رءوس أضاحيه ألا يغرمه شيئًا، وكأنَّه رآه بيعًا.

وقال ابن الماجشون وأَصْبَغ: له أخذ القيمة، ويصنع بها ما شاء، ألا ترى أنَّ من حلف ألا يبيع ثوبه فيغصبه غاصب، أنَّ له أن يأخذ قيمته. وما احتجَّ به من قوله: (ألا ترى أن من حلف... إلى آخره) ليس متَّفقًا عليه، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

وقال عيسى بن دينار: أحب إليَّ أن يأخذ الثمن من السارق ويتصدَّق به، ونحوه لابن القاسم فيمن أعطى جلدًا للدباغ، فادعى السرقة، إن كان يثق به فلا يأخذ منه شيئًا، وإن كان يتَّهمه أخذ منه قيمته وتصدَّق بها.

ومنشأ الخلاف: هل القيمة بيع أم لا؟

واستشكل في "البَيَان " قول من قال باستحباب التصدُّق بأن أخذ القيمة إن لم يكن بيعًا، فلا وجه لاستحباب التصدُّق بها، وإلا فلا يجوز ذلك، وإن تصدَّق بها؛ لأنه لا

(١) لو نوي الوكيل عن نفسه أجزأت صاحبها وقد اشترى ابن عمر رضي الله عنهما شاة من راع فأنزلها من الجبل وأمره بذبحها فذبحها الراعي وقال اللهم تقبل مني فقال ابن عمر ربك أعلم بمن أنزلها من الجبل وقال أصبغ لا تجزئه لأن النية المعتبرة ما قاربت الفعل الحكم السابع اختلاطها قال اللخمي قال ابن عبد الحكم إذا اختلطت أخذ كل واحد منهما أضحيته ضحى بها وأجزأه القسم الثاني في أحكامها بعد الذبح وهي أربعة الحكم الأول في الكتاب لا تبع من الأضحية لحما ولا جلدا ولا شعرا ولا غيره. الذخيرة ١٥٦/٤.

يجوز أن يبيع الإنسان شيئًا من أضحيته ليتصدَّق بثمنه.

(ص): **(وأما قبله فالمنصوص إذا قُسِمَت فأخذ الأقل بدله بمساوي الأفضل، وقُيِّدَ بالاستحباب)**

(ش): أي: وأما إن اختلطت قبل الذبح، فإن تساويا فواضح، وإن لم يتساويا، فمن أخذ الأفضل ذبحه، ومن أخذ المفضول أستحبُّ له أن يبدله بما يساوي الأفضل، وإليه أشار بقوله: (بمساوي الأفضل)، ومعنى (المنصوص): المنقول، وليس مراده بذكر (المنصوص) التنبيه على خلاف، ولأجل أن مراده بالمنصوص: المنقول، قال: (وقُيِّد)، وهو ظاهر.

ابن بشير: والإبدال بالمساوي ظاهر إذا عينها، وأمَّا إذا لم يعين، فإنَّما ذلك على طريق الاستحباب، انتهى.

ونقل ابن يونس عن ابن عبد الحكم: أن الضحايا إذا اختلطت، فلا بأس أن يصطلحا فيها، يأخذ كل واحد كبشًا ويجزيه، فقد يقال: هذا مخالف لكلام المُصَنِّف؛ لأنَّ ظاهره سواء كانا متساويين أو لا، وعلى هذا فهمه بعضهم، ويحتمل أن يكون أراد المتساويين، فلا يكون مخالفًا، والله أعلم.

(ص): **(فلو ذبح أُضحية غيره غالطًا لم تُجزئ مالكها، والمشهور: ولا الذابح، وثالثها: إن فاتت قبل تخيير مالكها أجزأت، وقال محمد: إن اختار مالكها القيمة أجزأت، كعبد أعتق عن ظهار فاستُحِقَّ)**

(ش): إنما لم تُجزِ مالكها لعدم نيَّتِه، ونيَّة موكله.خليل: ولم أرَ في ذلك خلافًا، وأمَّا الذابح؛ ففي إجزائها عنه أقوال: المشهور: لا تجزئ لوقوع القربة في غير محل، وهو أحد قولي أشهب.

والثاني: أنَّها تجزيه، وهو أحد قولي أشهب؛ لأنَّ أخذ القيمة يحقق له الملك بناءً على أنَّ المرتقبات إذا وقعت، هل يقدر حصولها الآن أو من الأول؟

والثالث لابن حبيب: إن كانت على وجه لا يكون لمالكها إلا أخذ قيمتها أجزأت؛ لأنَّه حينئذٍ يصير كأنَّه ضحَّى بملكه، وإن بقي لربها فيها خيار لم تُجْزِئ؛ لأنَّ ذابحها كأنَّه إنَّما ملكها بعد الذبح، وأمَّا قول ابن الموَّاز أنَّها تُجْزِئ إذا أخذ ربها قيمتها، فهو

تفسير لقول أشهب، وهو كذلك في "الْمُدَوَّنَة[1]"؛ إذ لا يمكن أن يقول أشهب بالإجزاء إذا اختار ربُّها أخذ لحمها، ولذلك لم يعدُّه المُصَنِّف رابعًا.

وكذلك أيضًا أشار ابن الموَّاز إلى أن قول ابن القاسم بعدم الإجزاء إنَّما هو إذا أخذ لحمها، وأمَّا إذا أخذ قيمتها فإنها تجزيه.

ابن الموَّاز: وإن أسلمها وأخذ قيمتها، فابن القاسم يقول: لا تُجزئ الذَّابح، ولا له بيع لحمها، ويأكله أو يتصدَّق به، وقاله أَصْبَغ، وهذه من كتب " المجالس " لم تتدبَّر، وأحبُّ إليَّ أن تجزئ عنه، كعبد اشتراه وأعتقه عن ظهار، ثُمَّ استحقَّ بعد أن شهد شهادات، ونكح وطلَّق، فأجاز ربه العتق، فإنَّه يجزئ معتقه، وتنفذ شهادته وجميع أحكامه، وإن نقض عتقه بطلت أحكامه.

وقد يفرق للمشهور بأنَّ مشتري العبد كالمالك حقيقة عند الفقهاء، ويعطونه جميع أحكامه، وقد ضمَّنه بدفعه الثمن بخلاف الغالط، ولهذا قال عبد الحق: ولو اشترى الأضحية وذبحها ثم استحقَّت، فأجاز ربها البيع، لأجزأته، وصارت كالعتق؛ سواء لفعله ذلك بشيء ضمَّنه بالعوض الذي وداه، واختلف لو غصب شاة وذبحها وأخذ ربها القيمة منه، هل تجزئه لأنَّه ضَمَّنَها بالغصب أم لا؟ لأنَّ هذا ضمان عداء، وذلك ضمان ملك.

عبد الحق: والأوَّل أبين على طرد العلة.

ابن عبد السلام: وحيث أخذها مالكها مذبوحة تصرف فيها كيف شاء، انتهى.

ولا يقال: إن قول ابن المواز موافق لقول ابن الحبيب؛ لأنَّه يظهر الفرق بينهما إذا لم تفت، واختار مالكها القيمة، فعلى قول ابن حبيب لا تجزئ، بخلاف قول محمد.

(ص): **(وشرطُهُا: أن تكون من النَّعَم، وفيما تَوَلَّدَ من الأنثى منها قولان)**

(ش): احترز بالنعم من الطير والوحش، والنعم: الإبل، والبقر، والغنم.

ابن شعبان: ولا يختلف المذهب أن الإناث إذا كانت من غير النعم لا تجزئ، وإن كانت منها فقولان، قال: والذي أقول به الجواز؛ لأنَّ أكثر الأحكام على أن الولد تابع لأمِّه.

وانظر هل يتخرَّج قول بجواز الضحيَّة إن كانت الأم وحشيَّة من القول بوجوب

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٣.

الزكاة في ذلك، كما تقدَّم في الزكاة.

(ص): **(والأفضل: الضَّأْنُ، ثُمَّ المَعْزُ، وفي أفضليَّة الإبل على البقر أو العكس قولان، وفي أفضليَّة ذكورها أو التَّساوي قولان، وكذلك الفحل، والخَصِيّ، والأقرن، والأبيض أفضل)**

(ش): الغنم في الضحايا أفضل؛ لفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وبها فُدِيَ الذبيح ولد إبراهيم عليه السلام، وهو أصل مشروعية الأضحية[1].

ونقل الحفيد عن أشهب وابن شعبان: أن الإبل أفضل من الغنم كمذهب الشافعي.

والخلاف فيما بين البقر والإبل خلاف في حال هل هذا أطيب أم هذا؟ والظاهر: طيب البقر، وهو قول الجلاب وعبد الوهاب في "المعونة"، واستقرأه صاحب " البَيَان" من " العُتْبِيَّة".

والقائل بأن الإبل أفضل هو ابن شعبان.

وظاهر المذهب: تفضيل الذكور، وفي "المبسوط " الذكر والأنثى في الضحية والهدي سواء.

وكذلك الفحل على الخَصِي، وهو مذهب " الرسالة"، وحكى ابن بزيزة قولا بأن الخَصِي أفضل من الفحل؛ لطيب لحمه، وإناث الجنس الفاضل أفضل من ذكور الجنس الذي يليه، وإناث المعز أفضل من ذكور البقر، وعلى هذا فالمراتب اثنتا عشرة مرتَبَة، ولا تخفى عليك.

وخرَّج مسلم[2] وأبو داود عن عائشة رضي الله عنها: أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضحَّى بِكَبْشٍ أَقْرَنَ يَطَأُ فِي سَوَادٍ، وَيَبْرُكُ فِي سَوَادٍ، وَيَنْظُرُ فِي سَوَادٍ، فَأُتِيَ بِهِ لِيُضَحِّيَ، فقال: "يا عَائِشَةُ؛ هَلُمِّي الْمُدْيَةَ"، ثُمَّ قَالَ عليه الصلاة والسلام: "اشْحَذِيهَا بِحَجَرٍ"، فَفَعَلَتْ، ثُمَّ أَخَذَهَا وَأَخَذَ الْكَبْشَ وَأَضْجَعَهُ، ثُمَّ قَالَ: "بِاسْمِ اللهِ، اللهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ مُحَمَّدٍ، وَآلِ مُحَمَّدٍ، وَمِنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ " ثُمَّ ضَحَّى بِهِ.

زاد النَّسائيّ: "ويأكل في سواد"، ولهذا قال ابن وهب: استحبَّ جماعة من الصحابة والتابعين الضحية بكبش عظيم سمين أقرن أملح، ينظر في سواد، ويسمع في

---

(١) (والأحب حينئذ كنذر الهدي بدنة ثم بقرة) الرسالة: وأما في الهدايا فالإبل أفضل ثم البقر ثم الضأن ثم المعز. التاج والإكليل ١١٨/٥.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٩٦٩)، وأبو داود، برقم (٢٧٩٢).

سواد، ويشرب في سواد، والجمهور على اختيار التسمين.

وفي "البخاري " عن أبي أُمامة: كنا نسمِّن الأضحية بالمدينة، وكره ذلك ابن شعبان لئلا يتشبه باليهود ،

وروى البخاري ومسلم: أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ أَقْرَنَيْنِ"[١]. والأقرن: أن يكون ذا قرون.

ابن عبد البر: وأجمع الجمهور أنَّه لا بأس أن يضحي بالخصي إذا كان سمينًا، قالوا: والأقرن الفحل أفضل من الخَصِي الأجم، إلا أن يكون الخَصِي الأجم أسمن فهو أفضل، وكذلك قال ابن حبيب: الخصي السمين أفضل من الفحل المهزول.

والأملح قيل: هو كلون الملح، فيه طاقات سود، وقيل: هو الأسود تعلوه حمرة، وقيل: هو المتغير الشعر بالسواد والبياض كالشبهة ،وقال ابن الأعرابي: هو النقي البياض، وهو يوافق ما ذكره المُصَنِّف من تفضيل الأبيض، ويحتمل أن يكون مراد المُصَنِّف بالأبيض ما تقدَّم؛ أن الصحابة استحبوه، ويكون أطلق عليه أبيض باعتبار غالبه.

(ص): **(وأقل ما يُجزئ الجذع من الضَّأن، والثَّنِيُّ من غيره)**

(ش) لما خَرَّجه مسلم[٢] وأبو داود[٣] والنَّسائيّ[٤]: أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: "لا تَذْبَحُوا إِلا مُسِنَّةً، إِلا أَنْ يَعْسُرَ عَلَيْكُمْ فَتَذْبَحُوا جَذَعَةً مِنَ الضَّأْنِ".

(وأكمله الجودة والسلامة مُطلقًا، ولا تُجزئ العوراء البَيِّنُ عَوَرُهَا، والعرجاء البيِّنُ ضَلَعُهَا، والمريضة البيِّنُ مَرَضُهَا، والعجفاء الَّتي لا تُنقي؛ أي: لا مُخَّ فيها، وقيل: لا شَحْمَ)

(ش): لا إشكال في أفضلية الكامل، وكره مالك تغالي الناس في الضحايا، وكره لرجل يجد بعشرة دراهم أن يشتري بمائة درهم.

وفي "الموطأ " وغيره عَنِ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ: سُئِلَ رسول الله صلى الله عليه وسلم: مَاذَا يُتَّقَى مِنَ الضَّحَايَا؟ فَأَشَارَ بِيَدِهِ، وَقَالَ: "أَرْبَع - وَكَانَ الْبَرَاءُ يُشِيرُ بِيَدِهِ وَيَقُولُ: يَدِي

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٩٦٥).

(٣) أخرجه أبو داود، برقم (٢٧٩٧).

(٤) والنسائي في الصغرى، برقم (٤٣٧٨).

أَقْصَرُ مِنْ يَدِ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم -؛ الْعَرْجَاءُ الْبَيِّنُ ضِلْعُهَا، وَالْعَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوَرُهَا، وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالْعَجْفَاءُ الَّتِي لا تُنْقِي"[(١)].

ابن عبد البر: وهذه العيوب مجمع عليها[(٢)].

عياض: و(ضَلَعها) بفتح الضاد واللام.

أبو الحسن: وروي بالظاء المشالة؛ أي: عرجها، وهي التي لا تلحق بالغنم.

ابن حبيب عن مالك: وأما العرج الخفيف إذا لم يمنع أن تسير بسير الغنم، فلا يمنع الإجزاء.

و(البيِّنُ عَوَرُها) هي التي ذهب بصر أحد عينيها، وإن كان بعينيها بياض على الناظر يسير، لا يمنعها أن تبصر، أو كان على غير الناظر لم يمنع الإجزاء، قال محمد عن مالك: وإن كان على الناظر، فهي العوراء.

الباجي: وكذلك عندي لو ذهب أكثر بصر عينيها.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام أشهب: أنَّه إن نقص نظرها شيئًا، لم يَجُزْ أن يضحِّي بها.

وأما البيِّن مرضها؛ فهو وصف ظاهر، وهو الذي عمَّم به الفقهاء أكثر الأحكام.

وإن وقع خلاف في بعضها، فلتحقيقه؛ هل هو كثير أو لا؟ ولا خلاف في إلحاق ما هو أشدُّ من هذه العيوب بها؛ كالعمى، وقطع اليد، والرجل، كما لا خفاء في عدم إلحاق ما ليس بمساوٍ لها.

مالك: ولا يجوز الدبر من الإبل.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٠٤١).

(٢) في النسائي قال عليه السلام أربع لا تجوز في الأضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين ظلعها والعجفاء التي لا تنقى قال اللخمي تسحب المنافسة في الأضحية قياسا على العتق بجامع القربة وإذا كثر عيب من غير الأربعة التي في الحديث فالمذهب قياسا عليها وقصر البغداديون ذلك على الأربعة وقال ابن حنبل لا يجزيء ما لا نقي لها وهو الشحم وقيل التي لا مخ لها فعلى هذا تجزئ أول ذهاب شحمها ولا يجزئ الجرب البين لأنه يفسد اللحم وقال ملك تجزيء الهرمة ما لم يكن بينا ولا يجزئ الجنون اللازم لأنه يمنع الرعي فينتقض اللحم ويمنع الجمال بخلاف ما يحدث في الأحايين وإذا ذهب الأكثر من كل عين لم تجزئ بخلاف اليسير منها والشرقاء المشقوقة الأذن والخرقاء المثقوبتها والمقابلة المقطوع أذنها من قبل وجهها والمدابرة من جهة دبره. الذخيرة ١٤٧/٤.

ابن القاسم: يريد بذلك الدبرة الكبيرة، وأن المجروح بتلك المنزلة إن كان جرحًا كبيرًا، يريد: فيلحق بالمرض.

محمد: ولا تجزئ يابسة الضرع كله، وإن أرضعت ببعضه فلا بأس.

وفي "المبسوط": لا تجزئ البكماء، والنَّتْن في الفم مما يُتَّقى، قال في "الذخيرة": لنقصان الجمال واستلزامه تغيُّر اللحم أو بعضه.

والأكثر على أن معنى قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (لا تنقِّي)؛ أي: لا مخ في عظامها، وهو المنقول عن أهل اللغة.

وقال ابن حبيب: هي التي لا شحم فيها، وفسَّرها ابن الجلاب وغيره بالوجهين.

(ص): **(وكذلك قطع الأذن والذَّنَب ونحوه على المشهور، بناءً على التعدية والقصر)**

(ش): الشاذ لابن القصار وعبد الوهاب، ورأيا أنَّ إشارته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيده وتلفُّظِهِ بالعدد الخاص كالحصر، والأحسن لو قال: ونحوهما، ولعله يريد بذلك: الثدي.

(ص): **(ويُغتَفَر اليسير، وهو ما دون الثُّلُث، وفي الثُّلُث قولان، وفيها: وما سمعت مالكًا يُوَقِّتُ نصفًا من ثلث)**

(ش): هذا تفريغ منه على الأشهر، وحاصله أنه يغتفر ما دون الثلث، ولا يغتفر ما زاد عليه.

(وفي الثلث قولان) وظاهر كلامه: أن هذا في الأذن والذنب، ولابن بشير نحوه، وهو صحيح، أمَّا الأذن؛ فقد نص ابن حبيب فيه على أن الثلث كثير.

وقال ابن الموَّاز: النصف عندي كثير من غير أن أجد فيه حدًّا، فأخذ منه غير واحد أن الثلث يسير.

وأمَّا الذنب؛ فنص ابن الموَّاز وابن حبيب على كثرة الثلث فيه، وحكى التُّونُسِيّ قولا بيسارته.

وفي "البَيَان " بعد أن ذكر أن ما دون الثلث من الأذن يسير باتفاق، وأن النصف كثير باتفاق: وإنما اختلف في الثلث والذنب والأذُن فيما يستحق سواء.

وقال الباجي: الصحيح أن ذهاب ثلث الأذن يسير، وذهاب ثلث الذنب كثير؛ لأنَّ الذنب لحم وعصب، والأذن طرف جلد لا يكاد يستضر به، لكن ينقص الجمال كثرته.

وما ذكره المُصَنِّف عن "الْمُدَوَّنَة[١]" ظاهر أنه في الأذن والذنب، وليس هو كذلك فيهما، بل هو خاص بالأذن.

(ص): **(والنهي عن الخرقاء والشرقاء والمقابلة والمدابرة بيانًا للأكمل على الأشهر)**

(ش): النهي المشار إليه خرجه ابن أبي شيبة، وأبو داود[٢]، وابن ماجه، والترمذي[٣]، والنَّسائيّ[٤] عن علي رضي الله عنه، قَالَ: "أَمَرَنَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم: أَنْ نَسْتَشْرِفَ الْعَيْنَ وَالأذُنَ، وَأَنْ لا يُضَحَّى بِمُقَابَلَةٍ، وَلا مُدَابَرَةٍ، وَلا شَرْقَاءَ، وَلا خَرْقَاءَ".

فـ (المقابلة) هي الَّتي قطع من جهة أذنَّها من قبل وجهها وترك معلَّقًا، وإن كان قطع من جهة قفاها، فهي المُدَابرة، والشرقاء هي المشقوقة الأذُن، والخرقاء: المثقوبة الأذن، هكذا فسَّر أهل اللغة وأصحابنا[٥].

الباجي: وأما القطع في الأذن أو الأذنين كالمقابلة، والمدابرة، والخرقاء، والشرقاء، فقال ابن القصار: لا يمنع الإجزاء إلا الاستحباب، وهذا قول مطلق.

والمذهب على أن الكثير يمنع الإجزاء.

ابن بشير: وحمل ابن القصَّار النهي المذكور على منع الكلام، وهو على قوله المتقدِّم يقصر منع الإجزاء على العيوب المذكورة.

وفي "الرسالة": ولا المشقوقة الأذن إلا أن يكون يسيرًا، وكذلك القطع.

وفي "الْمُدَوَّنَة[٦]": ولا بأس في الأذن بمثل الميسم، أو شق يسير، أو قطع يسير. وأما جدع الأذن أو شقها، فلا يجوز، وما سمعت مالكًا يوقت في الأذن نصفًا ولا ثلثًا.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٤.

(٢) أخرجه أبو داود، برقم (٢٨٠٤).

(٣) أخرجه الترمذي، برقم (١٤٩٨).

(٤) أخرجه النسائي، برقم (٤٣٧٢).

(٥) ويغتفر اليسير ويعني بذلك الخرقاء وهي التي في أذنها خرق مستدير والمقابلة وهي التي قطع من أذنها من قبل وجهها وترك معلقا والمدابرة وهي التي قطع من أذنها من جهة قفاها والشرقاء وهي المشقوقة الأذن. الثمر الداني ١/٢٩٣.

(٦) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٤.

وعلى هذا، ففي قول المُصَنِّف: (بيان الأكمل) على الأشهر نظر، ولا يقال: لعل كلام المُصَنِّف محمول على اليسير؛ لأنَّا نقول: لم يحكوا في اليسير خلافًا.

(ص): **(ويُغْتَفَر كسر القرن ما لم يكُن مُمْرِضًا كالدَّامي)**

(ش): هكذا قال في "الْمُدَوَّنَة[١]" و"الرسالة"، قال في "الرسالة": وإن لم يَدْمَ فذلك جائز، وقال أشهب: لا يضحى بكسير القرن إن كان يَدْمَى، فإن فعل أجزأه، وينبغي أن يكون هذا الخلاف راجعًا إلى تحقيق العلة؛ لأنَّ المعتبر إنَّما هو المرض المبين.

التُّونُسِيّ: وإذا استؤصل قرناها وقد برئت أجزأت.وفي "كتاب ابن حبيب": لا تجزئ.والصواب الأول؛ لأنَّ ذلك ليس نقصًا في الخلقة ولا في اللَّحم؛ لأنَّ النعاج لا قرن لها[٢].

وعلى الإجزاء أكثر الشيوخ، وفهم أبو عمران وغيره "الْمُدَوَّنَة[٣]" عليه.

(ص): **(ولو كانت بغير أُذن خلقة؛ وهي: السَّكَّاء والبتراء، فكَقَطْعِهِمَا)**

(ش): أي: فلا يجزيان، وقوله: (السَّكَّاء) راجع إلى المخلوقة بغير أذن، و(البتراء) راجع إلى المخلوقة بغير ذنب.

(ص): **(والصَّمْعَاء جدًّا كالسَّكَّاء؛ بخلاف الجَمَّاء والبَشَم والجَرَب كالمرض)**

(ش): الصَّمْعَاء والسَّكَّاء ممدودان، والصَّمْعَاء: الصَّغيرة الأذنين، أي: فإن كانت صغيرة الأذنين جدًّا، فلا تجزئ كما لو كانت بغير أذنين، وهكذا قال الباجي؛ لأنَّ الأذن إذا كانت من الصغر بحيث تقبح به الخلقة، تمنع الإجزاء، فإن قلت: ما ذكره المُصَنِّف مخالف " للمدوَّنة"؛ لقوله فيها: ولا بأس بالجلحاء؛ وهي الجَمَّاء والسَّكَّاء، وهي صغيرة الأذنين.

ابن القاسم: ونحن نسميها: الصَّمْعَاء، قيل: ليس هو خلاف؛ لأنَّ المُصَنِّف إنما

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٦.

(٢) ومما يمنع الإجزاء كسر القرن، وإليه الإشارة بقوله: "و" كذلك "مكسورة القرن إن كان" قرنها "يدمي" أي لم يبرأ "فلا يجوز" ذبحها ضحية، ولا هديا. "و" مفهوم يدمي "إن لم يدم" بأن برئ "فذلك" المذكور من تضحية أو غيرها "جائز"، ولو انكسر من أصله بحيث لم يبق منه شيء، ومن لازم الجواز الإجزاء؛ لأن ذهاب القرن ليس نقصا في الخلقة، ولا في اللحم، إذ لا خلاف في إجزاء الجماء التي لا قرن لها بالأصالة ومفهوم القرن أن كسر نحو الرجل يمنع الإجزاء بالأولى. الفواكه الدواني ٢/١٤٧.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٧.

تكلَّم على الصَّمَعَاء جدًّا، لا على مطلق الصَّمْعَاء، والجماء: التي لا قرن لها.

ابن بشير: ولا خلاف فيها، وحكى بعضهم فيها الإجماع، والبشم: التُّخمة، ومعنى كون البشم والجرب كالمرض: أنه إن كان بيّنًا لم تجزئ، وإلا أجزأت.

(ص): **(وفي السن الواحدة والاثنتين قولان، بخلاف الكُلِّ والجُلِّ على الأشهر)**

(ش): معناه: إن ذهب جميع الأسنان أو جلّها، ففيه قولان؛ أشهرهما: أنه لا يجزئ، والقول بالإجزاء مبني على قول من قصر العيوب على الأربعة الواردة في الحديث، وعليه فلا إشكال في الأجزاء في السن والسنين، وأما على الأشهر فاختلف في الإجزاء في السن والاثنتين كما ذكر المُصَنِّف، لكن في كلامه إجمال؛ لأنَّ محل الخلاف إنَّما هو إذا كان من كبر، ويتبيَّن بكلام اللَّخْمِيّ، قال: فلا تُجزئ إذا كانت ذاهبة الأسنان بكسر أو شبهه، وتجزئ إذا كان من إثغار، واختلف إذا كان لكبر، فقال مالك في "كتاب محمد": تجزئ[1].

وقال ابن حبيب: لا تجزئ، والأول أبين.

واختلف في السن الواحدة، ففي "كتاب محمد": لا بأس بها، وفي "المبسوط": لا يضحي بها، ومجمل قوله على الاستحباب؛ لأنَّه من العيوب الخفيفة، انتهى.

وقد صَرَّح في "البَيَان " بالاتفاق على الإجزاء في التي سقطت أسنانها لإثغار، وبالاتفاق على عدم الإجزاء في التي كسرت أسنانها.

(ص): **(وفي الهَرَم كثيرًا قولان، قال الباجي: ولا نصَّ في المجنونة، وأراه كالمرض)**

(ش): الخلاف في الهرم خلاف في حال، هل هو من المرض المانع أو لا؟ وقال سحنون: في التي أقعدها الشحم أنَّها تُجزئ، وفي جعل الباجي الجنون كالمرض إشارة إلى تفريق اللَّخْمِيّ بين الدائم فيمنع، وبين غيره فلا يمنع، وحكى ابن بزيزة في

(١) مكسورة السن أو مقلوعتها ففيها تفصيل محصله أن فقد الواحدة وأولى كسرها لغير إثغار، ولغير كبر لا يمنع الإجزاء، وذهاب الاثنين كغيرهما يمنع الإجزاء على الراجح، وأما لإثغار أو كبر فلا يمنع الإجزاء، ولو الجميع، وأما العيوب غير الفاحشة فالسلامة منها مندوبة في الهدايا والضحايا بأن لا تكون خرقاء حيث كان الثلث فأقل، وأن لا تكون مقابلة، وهي المقطوعة بعض الأذن ويترك المقطوع معلقا قبل وجهها فإن كان مؤخرا فهي المدابرة، وأن لا يكون شرقاء، وهو المشقوقة الأذن، ويستحب أن تكون حسنة الصورة، كما يستحب أن تكون سمينة، وأن تكون بيضاء وقرناء كما يفهم مما قدمنا. الفواكه الدواني ٨٤٧/٢.

المجنونة خلافًا بين المتأخرين.

(ص): **(المأمور: مستطيعٌ حرٌّ مسلمٌ غير حاجٍّ بمنًى، بخلاف الرقيق، ومن في البطن، والمُستطيع من لا تُجْحِفُ بماله)**

(ش): يعني: أن المأمور بالأضحية من اجتمعت فيه شروط أربعة، وقوله: (بخلاف الرقيق) راجع إلى قوله: (حر)، والمراد بالرَّقيق: القِن، ومن فيه شائبة حريَّة؛ كأم الولد، والمدبر، والمكاتب. واستحسن مالك الضحية لهم إذا أذن لهم السيد.ومن في البطن كالعدم[1].

(١) المخاطب بزكاة مال الصبي والمجنون وليهما ما داما غير مكلفين قال في النوادر في كتاب الزكاة قال ابن حبيب: وليزك ولي اليتيم ماله ويشهد فإن لم يشهد وكان مأمونا صدق انتهى. وأصله لابن حبيب في الواضحة ونصه قال ابن الماجشون: وعلى ولي اليتيم أن يزكي ماله وينبغي له أن يشهد على ذلك ويعينه ويقول هذا زكاة فلان قال عبد الملك فإن أضاع الإعلان بها فهو مصدق إذا كان مأمونا انتهى. وقال اللخمي في كتاب الزكاة الأول: قال ابن حبيب: ويزكي الولي لليتيم ماله ويشهد فإن لم يشهد وكان مأمونا صدق وهذا يحسن في كل بلد القضاء فيه بقول مالك ولو كان بلد فيه من يقول بسقوط الزكاة عن أموال الصبيان لرأيت أن يرفع إلى حاكم الموضع فإن كان ممن يرى في ذلك قول مالك أمره بإخراج الزكاة وحكم له بذلك وإن كان ممن لا يرى ذلك لم يزكه هو وقد قال مالك في كتاب الرهون فيمن مات فوجد في تركته خمر: إن الولي يرفع ذلك للسلطان قال خوفا أن يتعقب عليه يريد من الاختلاف هل يتخذ خلا وكذلك الزكاة إلا أن يكون الولي من أهل الاجتهاد وممن يرى في ذلك قول مالك وخفي له إخراجها للجهل بمعرفة أصل ما وضع يده عليه فليخرجها انتهى. وأصله للشيخ أبي محمد في النوادر قال في كتاب الزكاة بعد أن ذكر أن الوصي يزكي مال اليتيم وهذا إنما هو إذا لم يخف أن يتعقب عليه بأمر وكان يخفى له ذلك فأما إن لم يخف له وهو لا يأمن أن يتعقب بأمر لاختلاف الناس في زكاة مال الصبي العين فلا يزكي عنه كما قالوا إذا وجد في التركة مسكر أو خاف التعقب فلا يكسره انتهى. وقال ابن بشير قال الأشياخ إن الوصي يحترز في إخراج الزكاة من خلاف أبي حنيفة فإن خفي له وأمن المطالبة أخرج من غير مطالبة حاكم وإن حاذر المطالبة رفع إلى الحاكم وعولوا على قوله في المدونة في الوصي يجد في التركة خمرا أنه يرفع أمرها إلى الحاكم حتى يتولى كسرها وهو محاذرة من مذهب المجيز تحليلها انتهى. وقال ابن عرفة في كتاب الزكاة: الشيخ واللخمي إنما يزكي الوصي عن يتيمه إن أمن التعقب أو خفي له ذلك وإلا رفع كقولهم في التركة يجد فيها خمرا انتهى. وقال في كتاب الوصايا وفي الموازية ويزكي أي ولي اليتيم ماله ويخرج عنه وعن عبده الفطر ويضحي عنه من ماله الشيخ إن أمن أن يتعقب بأمر من اختلاف الناس أو كان شيئا يخفى له وفي زكاتها ويؤديها الوصي عن اليتامى وعبيدهم من أموالهم. مواهب الجليل ١٤١/٣.

مالك في "الْمَوَّازِيَّة": ولا يعجبني أن يضحي عن أبوين الميتين.

قوله: (والمستطيع من لا تُجْحِف بماله) تصوُّره ظاهر.

ابن بشير: وتحرز بالاستطاعة من الفقير، فإنَّها لا تلزمه، ولا يؤمر بها من تجحف بماله، وإن كان قادرًا على شرائها، ولا يتحصَّل في المذهب حد المال المقتضي للأمر بها، لكن النظر إلى الإجحاف وعدمه، انتهى.

وسئل مالك: أيُضَحَّى عن الصغير له ثلاثون دينارًا بنصف دينار؟ فقال: نعم.

ابن حبيب: يلزم من ماله في يده من وصي أو غيره أن يُضَحِّي عنه منه، ويقبل قوله في ذلك كما يُقبل في النفقة سَوَاء.

واحترز بـ (غير الحاج بمنى) من الحاج بمنى، فإنَّ سنته الهدي فقط، ولا تشرع له الأضحية على المشهور، وظاهر ما في "المبسوط " لابن القاسم وما لأشهب في غيره أَنَّ المشروعيَّة باقية.

وقولنا: الحاج بمنى يخرج من لم يحج من أهل منى.

قال في "البَيَان": وفي "المبسوط " لابن كنانة: إنَّه لا يضحي أحد بمنى، ظاهره: وإن لم يكن من الحاج، وهو شذوذ.

(ص): (ويُضحِّي عن الصغير، ولا يشترك فيها، لكن للمُضحِّي أن يُشرك في الأجر مَنْ في نَفَقَتِهِ من أقاربه، وإن لم يلزمه بخلاف غيرهم)

(ش): يضحِّي عن الصغير؛ لاجتماع الأوصاف المتقدِّمَة فيه، وهذا إن كان له مال، وإن لم يكن، فقال ابن حبيب: يلزم الإنسان أن يضحِّي عمَّن تلزمه نفقته من ولد ووالد، وفي "العُتْبِيَّة": ذلك غير لازم، ونص في "الْمُدَوَّنَة[1]" على أنَّه لا يلزمه أن يضحِّي عن الزوجة.

محمد: عن مالك: وله أن يدخلها.

ابن حبيب: وإن لم يفعل، فذلك عليها بخلاف الفطرة، والفرق بين زكاة الفطر والأضحية: أنَّ زكاة الفطر من توابع النفقة، بخلاف الضحيَّة؛ فإنها قربة، والإنسان لا يلزمه أن يتقرب عن الغير.

وقال ابن دينار: يلزمه أن يضحِّي عن زوجته إن لم يدخلها.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٧.

قوله: (ولا يشترك فيها)، قال في "البَيَان": وروى ابن وهب عن مالك الاشتراك في هدي التطوع، ويلزم ذلك في الأضاحي على القول بعدم وجوبها.

وقوله: (لكن... إلخ) أي: أن هذه الشركة جائزة، وهو الاشتراك في الأجر دون الشركة في ثمنها. ولا فرق في ذلك بين أن يكونوا سبعة أو أكثر.

وقوله: (من في نفقته من أقاربه) يريد: الساكنين معه، أشار إلى ذلك في "الْمُدَوَّنَة[١]".

ابن حبيب: وله أن يدخل في أضحيته من بلغ من ولده، وإن كان غنيًّا، وأخاه وابن أخيه وأقاربه إذا كانوا في نفقته وبيته.

الباجي: فأباح ذلك بثلاثة أسباب: القرابة، والمساكنة، والإنفاق.

محمد: إن شاء أدخل في أضحيته أو ولده، ومن له فيه بقية رق، ولا يدخل يتيمه في أضحيته ولا يشرك بين يتيمين في أضحية، وإن كانا أخوين، والجد والجدة كالأجانب.

الباجي: يريد أن الجد والجدة ليسا في نفقته، ولو كانا على ذلك لجاز عندي على ما تقدَّم في الأقارب. وعندي: أنه لا يصح التشريك لأهل بيته، وإن لم يعلمهم بذلك، ولذلك يدخل فيها صغار ولده، وهم لا يصح منهم قصد القرابة. انتهى.

ابن عبد السلام: وفيه نظر؛ لأنَّ شرط حصول الثواب على القربة: النِّيَّة، وأما الصِّغَار، فإنَّها تسقط عنهم لعدم القصد، مع أنَّها عبادة ماليَّة، والوالي هو المخاطب بها كالزكاة، انتهى.

وقال محمد - بعد قوله: أنَّه لا يدخل الجد والجدة، وهما كالأجنبيين -: لا يضحي إلا عن كل واحد بشاة، إلا أن تكون زوجة الجد، فيدخلها في شاة، كما لو بعثها إلى الجد، فذبحها الجد عنه وعن زوجته.

ابن ميسر: وذلك بإذن الجد.

(ص): (والأولى ذبحه بنفسه، فإن استناب من تصحُّ منه القربة جاز)

(ش): لأنَّها قربة[٢].

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٩.

(٢) المشهور أن الاستنابة مع القدرة مكروهة لا كما يعطيه لفظ ابن الحاجب من الجواز بلا كراهة. مواهب الجليل ٤/٣٨٣.

ابن يونس وابن راشد: والمرأة في هذا كالرجل، وقد كان أبو موسى الأشعري يأمر بناته أن يذبحنَ نُسُكهنَّ.

محمد: إلا من ضرورة أو ضعف.

ابن حبيب: أو كبر أو رعشة، وظاهر كلام مالك: أنه استناب لا يطلب بالإعادة؛ لما ورد أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استناب عليًّا رضي الله عنه في نحر بقية بدنه في الهدايا.

محمد: قال مالك: إن أمر مسلم غيره من غير عذر، فبئس ما صنع وتجزيه، وقال ابن حبيب: أحبُّ إليَّ أن يعيد إن وجد سعة، وفي "مختصر ابن عبد الحكم " قولُ أنَّه لا تجزيه إذا استناب مسلمًا غير مميز.

(ص): **(فلو قصد الذبح عن نفسه، ففي إجزائها قولان)**

(ش): أي: فلو قصد المستناب الذبح عن نفسه، فقال مالك: تجزئ ربها، وقال أَصْبَغ: لا تجزئ مالكها، وتجزئ عن الذابح، ويضمن قيمتها، كمن تعدَّى على أضحية رجل فذبحها عن نفسه، وقال الفضل بن سلمة: لا تجزئ عن واحد منهما.

ورد في "البَيان " قول الفضل بأن الذَّابِح لم يتعدَّ في ذبحه، فوجب أن تكون النِّيَّة نِيَّة ربها الحاضر، كمن أمر رجلا أن يوضِّيه.

وفرق بأن الذابح مذكٍّ للشاة بلا شك، بدليل: أنَّه لا يصح أن يكون مجوسِيًّا، وكل مُذَكٍّ لا بد له من النِّيَّة بحضور ربها، وصف طردي بخلاف مسألة الوضوء.

(ص): **(ولا تصحُّ استنابة الكافر، ولو كان كتابيًّا على المشهور)**

(ش): أي: إن كان غير كِتَابيٍّ فلا تصح اتفاقًا، وفي الكِتَابيِّ فقولان؛ فمذهب "الْمُدَوَّنَة[1]": لا تُجزِئ؛ لأنَّها قربة، فلا تصحُّ منه، والقول بالإجزاء لأشهب اعتبارًا بنيَّة المالك، فإن أمر رجل رجلا يظنُّ أنَّه مسلم فذبح، ثُمَّ تبيَّن أنَّه نَصْرَانِيّ، فعن مالك أنَّه يعيد، فإن نحر اليهوديّ أو النَّصرانيّ من نفسه، فإن تزيًّا بزي المسلمين الذين يذبحون، ضمن ذلك وعاقبة السلطان[2].

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٠.

(٢) ويشترط في النائب أن يكون مسلما فلا تصح استنابة كافر على ذبح أضحيته ولو كتابيا على المشهور لأن الأضحية قربة والكافر ليس من أهل القرب ولا بأس أن يلي الكافر السلخ وتقطيع اللحم والمراد بعدم صحة استنابة الكافر الكتابي في الأضحية عدم صحة كونها ضحية لا أنها لا =

(ص): **(وفي تارك الصلاة قولان)**

(ش): بناءً على فسقه فتصح، أو كفره فلا تصح.

(ص): **(والاستنابة بالعادة في غير القريب تصح على الأصح كالقريب)**

(ش): الاستنابة تكون بالتصريح، وقد تقدَّمت، وبالعادة كمن ذبح أضحية ولده أو والده، وجرت عادته القيام بأموره، ثُمَّ كلام المُصَنِّف يحتمل معنيين:

أحدهما: الخلاف في القريب وغيره، وعليه مشاه ابن رشد، وهكذا حكى اللَّخْمِيّ الخلاف في القريب وغيره.

ويحتمل أن يكون القريب لا خلاف فيه، وفي غير القريب قولان، وهذا مقتضى كلام ابن بشير؛ لكونه جعل استنابة القريب بالعادة كالاستنابة باللفظ.

ابن عبد السلام: وهذا ظاهر كلام المُصَنِّف. ونقل ابن عبد السلام هذه الطريقة، ولكن لم يعزها لابن بشير، ونقل طريقة ثالثة: أن الخلاف إنَّما هو في القريب، وكلام الباجي يقتَضِي أنَّه لا خلاف في المسألة، لا في القريب ولا في غيره، وذلك لأنَّه وقع في "الْمُدَوَّنَة[1]" بالإجزاء في القريب، ونقل عن أشهب عدم الإجزاء، فتأوَّل الإجزاء بما إذا كان القريب مُفَوَّضًا إليه، وقول أشهب فيما إذا لم يكن مفوّضًا إليه.

ووقع لابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة " في غير القريب قولان؛ قال: لو أنَّ جارًا لي انصرف من المُصَلَّى، فذبح أضحيتي إكرامًا لي، فرضيت بذلك، لم يجز. وقال أيضًا: إذا كان لصداقة بينهما، ووثق به أنَّه ذبحها عنه، أجزأته، فتأوَّل ما وقع من الإجزاء على أنَّه كان فوَّض إليه.

قال: وأما إن ذبحها عنه بمجرد الصداقة، فالظَّاهر من المذهب: أنَّه لا تُجزئه، لأنَّه متعدٍّ، ولو شاء أن يضمّنه لضمَّنه، إلا أن تكون هذه رواية بالإجزاء في التعدِّي، أنَّه إذا لم يرد صاحبها تضمينه، فله وجه، وعلى هذا فمناط الحكم في القريب وغيره القيام بجميع الأمور، وأنَّ من كان قائمًا بجميع الأمور أجزأ ذبحه؛ قريبًا كان أو لا، ومن لم يكن قائمًا بالجميع، لم يجز ذبحه مطلقًا.

=

تؤكل ومثلها في ذلك الهدي والفدية والعقيقة وتجوز استنابة المسلم (ولو لم يصل) مع الكراهة بناء على عدم كفر تارك الصلاة ويستحب إعادة الأضحية. شرح خليل للخرشي ٥/٧٣.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٠.

وهذه الطريقة رابعة، وتصحيح المُصَنِّف الصحة في غير القريب ليس بحسن؛ لكونه مخالفًا " للمدوَّنة".

قال فيها: ومن ذبح أضحيتك بغير أمرك، فإما ولدك أو بعض عيالك ممَّن فعله ليكفيك مؤنتها، فذلك مجزئٌ عنك، وأما على غير ذلك فلا يجزئ.

ونظير هذه المسألة: ما لو زوَّج ابن أو أخ أخته البكر بغير إذن الأب، فقال في "الْمُدَوَّنَة[1]": يجوز إن كان قد فوَّض إليه القيام بجميع أموره.

(ص): **(ويأكل المُضَحِّي ويُطعِمُ نيِّئًا ومطبوخًا ويدَّخِر ويتصدَّق، ولو فعل أحدها جاز، وإن ترك الأفضل)**

(ش): المذهب كما قال أنَّه لو أكلها كلها أو تصدَّق بها كلَّها، كان تاركًا للأفضل، وكذلك إن اقتصر على اثنين منها.

وقال ابن الموَّاز: التَّصَدُّق بجميعها أفضل، وحكى عبد الوهاب رواية شاذة بوجوب الأكل.

ابن حبيب: ويستحب أن يكون أوَّل ما يأكل يوم النحر من أضحيته، وقال عثمان وابن المسيِّب وابن شهاب: يأكُل من كبدها قبل أن يتصدَّق.

(ص): **(يكرَهُ للكافر على الأشهر، وفي تحديد الصدقة استحبابًا ثلاثة: الثُلث، والنصف، والمشهور: نفي التَّحديد)**

(ش): القولان لمالك في "العُتْبِيَّة " في النَّصرانيَّة تكون ظئر الرجل، والأشهر هو اختيار ابن القاسم، ووجهه أنَّها قربة، فلا يعان بها الكافر.

وعن مالك التَّخفيف في الذِّمِّيّ دون غيره كالمجوسي، وأشار ابن حبيب إلى أن من أباح ذلك إنَّما هو في الذي يكون في عيال الرجل، وأمَّا البعث إليهم؛ فلا يجوز، وكذلك فسَّره مُطرِّف وابن القاسم وابن الماجشون، وقاله أَصْبَغ.

وعكس ابن رشد، فجعل محل الخلاف في الكراهة والإباحة إنَّما هو في البعث، وأمَّا من كان في عياله وأقاربه أو ضيفه، فلا خلاف في إباحة طعامهم، فيتحصَّل من الطريقتين ثلاثة أقوال، والله أعلم.

قوله: (وفي **تحديد** الصدقة... إلخ) تصوره واضح.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٢.

(ص): (ويُردُّ البيع، وإجارة الجلد كالبيع خلافًا لسحنون، وإذا فات فثلاثة: يتصدَّق به، وكَلَحْمِهَا، وكَمَالِهِ)

(ش): قوله: (يُردُّ البيع) يدل بالالتزام على المنع منه ابتداء، وهو مذهب مالك وجمهور الفقهاء؛ لما في "البخاري[1]"، و"مسلم[2]"، و"أبي داود[3]"، و"النَّسائيّ"، و"ابن ماجه"[4] عن علي رضي الله عنه قال: "أَمَرَنِي رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ أَقُومَ عَلَى بُدْنِهِ، وَأَنْ أَتَصَدَّقَ بِلَحْمِهَا، وَجُلُودِهَا، وَأَجِلَّتِهَا، وَأَلا أُعْطِيَ الْجَزَّارَ مِنْهَا شَيْئًا، وقَالَ: نَحْنُ نُعْطِيهِ مِنْ عَنْدِنَا"، وقال نحن نعطيه من عندنا، وكذلك لا يجوز أن يدبغ بعض الجلود ببعض، نص عليه ابن الموَّاز.

ومنع مالك من أن يدهن أحد شِرَاك النَّعل الَّتِي يصنعها بدهن الأضحية؛ لأنَّها بالدهن تحسن، ويكون لذلك حصَّة من الثَّمن.

واختلف فيمن تصدَّق عليه أو وهب له لحم، فَمَنَعَهُ مالك من البيع؛ لأنَّ قصاراه أن يتنزل منزلة الأصل بالقياس على الوارث، وقال أَصْبَغ: يجوز له البيع كالصَّدَقَة على الفقير والزكاة.

ابن غلاب: وهو المشهور.

قوله: (وإجارة الجلد كالبيع.... إلخ) قال التُّونُسِيّ: وأجاز سحنون أن يؤاجر جلد أضحيته، وكذلك جلد الميتة، وفيه نظر؛ لأنَّ بيع جلدها لا يجوز، واستئجارها انتهاك لأعيانها، فيؤدِّي ذلك إلى بيع أعيانها شيئًا فشيئًا، انتهى.

وقيد ابن أبي زيد قول سحنون في جلد الميتة بأن مراده بعد الدبغ، وقوله: (فإن فات) أي: فات المبيع من لحم أو غيره، فثلاثة أقوال:

الأول: لابن القاسم وابن حبيب؛ أنَّه يتصدَّق به.

والثاني: لسحنون؛ أنه يصرف الثمن فيما يصرف فيه المثمون، ويجعل ثمن الجلد في ماعون، وثمن اللحم في طعام.

الثالث: لابن عبد الحكم؛ أنه مال من أمواله يصنع به ما شاء.

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (١٧١٦).

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٣١٨).

(٣) أخرجه أبو داود، برقم (١٧٦٩)

(٤) أخرجه ابن ماجه، برقم (٣٠٩٩).

والتصدُّق بالثمن على قول ابن القاسم إنَّما هو إذا تولَّى المضحي البيع بنفسه أو أمر بذلك غيره، وأما لو تولاه غيره بغير أمره، كما لو باعه أهله وفرَّقوا ثمنه، فنص ابن القاسم في "العُتْبِيَّة " على أن ذلك لا يلزمه، قال في "البَيَان": ومعناه: إذا صرفوا الثمن فيما له غنى عنه، وأما إن صرفوه فيما لا غناء له عنه، فعليه أن يتصدَّق به.

ابن عبد السلام: وما قاله صحيح، ومعناه: يتصدَّق بالأقل من الثمن، أو مما صرفوه، كما قالوا ذلك في المحجور يبيع شيئًا، ويصرفه في مصالحه، ثم ينقض البيع. وينبغي إذا سقط عن المضحي التصدُّق بالثمن ألا يسقط عن الأهل الذين تولَّوا البيع.

(ص): (الوقت: وأيَّام النحر ثلاثة، ومبدؤها يوم النحر بعد صلاة الإمام وذبحه في المُصلَّى، ومن ذبح قبله أعاد)

(ش): لا خلاف عندنا أن أيَّام النحر ثلاثة[1]؛ يوم النحر ويومان بعده، وهو مذهب علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمر، ذكره في "الموطأ". ومذهبنا مراعاة ذبح الإمام؛ لما في "مسلم" من حديث جابر: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صلَّى بهم يَوْمَ النَّحْرِ بِالْمَدِينَةِ، فسبقه رِجَالٌ فَنَحَرُوا، وَظَنُّوا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَدْ نَحَرَ، " فَأَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ كَانَ نَحَرَ قَبْلَهُ أَنْ يُعِيدَ"[2].

وقوله: (وذَبْحِهِ في المُصلَّى) أي: السنَّة أن يخرج الإمام أضحيته إلى المصلى؛ ليعلم الناس ذبحه، وأما إن لم يذبح الإمام، فالمعتبر صلاته.

(ص): (فإن لم يبرزها، ففي الذَّبح قبله قولان، ولو توانى)

(ش): الباجي: إن أظهر إمام المصلى ذبح أضحيته بإثر الصلاة، فمن ذبح قبله

---

(١) "وأفضل أيام النحر" للأضحية "أولها" لفعله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين بعده "ومن فاته الذبح" أو النحر "في اليوم الأول إلى الزوال فقد قال بعض أهل العلم" وهو ابن حبيب ونقله بهرام من روايته عن مالك "يستحب له أن يصبر إلى ضحى اليوم الثاني" قال بهرام لا خلاف أن ما قبل الزوال من أول يوم أفضل مما بعده واختلف هل ما بعد الزوال منه أفضل مما قبل الزوال من اليوم الثاني وهو ظاهر لفظ المختصر وهو مذهب الرسالة وغيرها وإليه ذهب ابن المواز أو ما قبل الزوال من الثاني أفضل مما بعده من الأول وهو قول مالك في كتاب ابن حبيب وهو ضعيف فالمعتمد أن جميع اليوم الأول ضل مما بعده حتى أن القابسي أنكر رواية ابن حبيب "ولا يباع" على جهة المنع "شيء من الأضحية" التي تجزئ بعد الذبح وكذا كل ما هو قربة كالهدي والعقيقة. الثمر الداني ١/٣٩٥.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٩٦٦) من حديث جابر بن عبد الله.

فالمشهور عن مالك أنَّه لا يجزيه، وإن لم يُظهر، فحكى المُصَنِّف في إجزاء الذبح قبله قولين تبعًا لابن بشير، فقال: إن لم يبرزها وتوانى، فالمشهور عدم الإجزاء؛ لما ثبت من وجوب الاقتداء به.

والثاني: الإجزاء لأنَّه إنَّما يقتدي به إذا اقتدى بفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في إبراز الضحيَّة، انتهى.

وعدم الإجزاء مذهب " الْمَوَّازِيَّة"، ففيها: وإن ذبح أحد قبله في وقت لو ذبح الإمام بالمصلى، لكان هذا قد ذبح قبله لم يجزه، وقيَّده ابن يونس بأن لا يتوانى، وأمَّا إن توانى بعد وصوله إلى داره، فمن ذبح في وقت لو لم يتوان الإمام، وذبح في داره، لكان هذا ذابحًا بعده أجزأه.

ونحوه لصاحب " البَيَان"؛ قال: إلا أن يتوانى بعذر من اشتغال بقتال عدو أو غيره، فينتظرونه ما لم يخرج وقت الصلاة بزوال الشمس.

وقال ابن راشد: وقوله: (ولو توانى) يقتضي أنَّ الخلاف في الإجزاء وعدمه إذا ذبح قبل الإمام؛ سواء توانى الإمام في الذبح أم لا، ولم أقف على ذلك، فإن القائل بعدم الإجزاء، قال: إن توانى الإمام في الذبح، فإن الذابح قبله يجزئه.

ابن رشد: وقال أبو مصعب: إن لم يخرج الإمام أضحيته إلى المصلى، فليس على الناس أن ينتظروه حتى يرجع إلى منزله، ومن ذبح بعد القدر الذي كان يذبح فيه في المصلى، فضحيته جائزة.

(ص): **(فإن لم يكن ذبح فذبح أقربِ الأئمَّة إليهِ على التَّحرِّي، فإن تحرَّى فأخطأ، أجزأ على المشهور)**

(**ش**): أي: فإن لم يكن لهم إمام فإنهم يتحرُّون أقرب الأئمة إليهم، والفرق على المشهور بين هذا الفرع والذي قبله: أن الإمام إذا لم يكن عندهم يعسر الاطلاع على ذبحه، والشاذ رواه أشهب عن مالك.

(ص): **(والإمام اليوم العبَّاسيّ أو من يُقيمُهُ)**

(**ش**): نحوه للخمي، وأشار إلى أن المتغلبين يكونون كمن لا إمام لهم، وقال التُّونُسِيّ: الإمام المعتبر ذبحه الذي يقيم الحدود والجمعة والأعياد، وقال ابن رشد: المراعى في ذلك الإمام الذي يصلي صلاة العيد بالناس، إذا كان مستخلفًا على ذلك.

(ص): **(ولا يُراعى قدر الصلاة في اليومين بعده على المشهور)**

(ش): المشهور رواه ابن حبيب عن مالك، وقاله الباجي؛ وهو قول ابن الموَّاز، قال: وتذبح إذا ارتفعت الشمس وحلَّت النافلة، ولو فعل ذلك بعد الفجر أجزأه.

وقال أَصْبَغ: إذا طلع الفجر، جاز الذبح في هذين اليومين، فإذا تقرَّر هذا علمت أن من لا يراعي وقت الصلاة لا يراعي طلوع الشمس إلا استحبابًا، ولا يؤخذ هذا من كلام المُصَنِّف، وتشهير المُصَنِّف هو الصحيح، وإن كان ابن بشير جعل الشاذ هو المشهور.

(ص): (**ويُراعى النَّهار على المشهور**)

(ش): قد تقدَّم هذا.

(ص): (**والأوَّل أفضل، وفي أفضليَّة ما بعد الزَّوال على أوَّل ما بعده قولان**)

(ش): أما أفضيَّلة النصف الأول من الأولى، فمجمع عليه؛ لفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، واختُلف: هل النصف الثاني منه أفضل من أول اليوم الثاني - وإليه ذهب ابن الموَّاز - أو أوَّل الثاني أفضل؟ وهو قول مالك في "الواضحة"، بل صرَّح بكراهة ما بعد الزوال، قال: وكذلك الثاني، يذبح فيه من ضحى إلى زوال الشمس، فإن فاته أمر بالصبر إلى ضحى اليوم الثالث.

ابن يونس: وحكى لنا بعض فقهائنا القرويين، قال: سمعت أبا الحسن ينكر قول ابن حبيب هذا، وقال: بل اليوم الأول كله أفضل من اليوم الثاني، والثاني أفضل من الثالث، ورواية ابن الموَّاز واختياره أحسن من هذا، والذي عند ابن الموَّاز هو المعروف.

ولو قال المُصَنِّف: وفي أفضلية ما بعد الزَّوال على أول ما بعده أو العكس، لكان أحسن؛ لأن كلامه ليس بنص في أنَّ القول الآخر يقتضي أفضليَّة أول الثاني؛ لاحتمال فهم التساوي، ورأى القابسي واللَّخْمِيّ أنَّ هذا الخلاف جارٍ أيضًا فيما بين آخر الثاني وأوَّل الثالث، وقال ابن رشد: لا يختلف في رجحان أول اليوم الثالث على آخر الثاني.

فَائِدَةٌ:

نقل الباجي أنَّ الأبهريّ وابن القصار رويا أنَّه يستحب لمن أراد أن يضحِّي إذا رأى هلال ذي الحجة ألا يقص شعرًا، ولا يقلِّم ظفرًا حتى يضحي[1]، قالا: ولا يحرم ذلك

---

(١) الباجي: عن مالك والمازري عن رواية الأبهري وابن القصار.
يستحب لمن أراد أن يضحي إذا رأى هلال ذي الحجة أن لا يقص شيئا من شعره ولا يقلم =

عليه، قال: وبه قال الشافعيّ، وقال أبو حنيفة: ليس في ذلك استحباب، وقال أحمد وإسحاق: يحرم عليه الحلق، ودليلنا على الاستحباب حديث أم سلمة: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: "مَنْ رَأَى هِلالَ ذِي الْحِجَّةِ فَأَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ، فَلا يَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهِ، وَلا مِنْ أَظْفَارِهِ حَتَّى يُضَحِّيَ"، رواه مسلم[١]، والترمذي[٢]، وأبو داود[٣].

التِّرمذيّ: وهذا حديث حسن صحيح.

وهذا نهي، والنهي إذا لم يقتضِ التحريم حمل على الكراهة، ودليلنا على نفي الوجوب حديث عائشة المتقدِّم في (كتاب الحج): "فَتَلْتُ قَلائِدَ هَدْيِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِيَدَيَّ، ثُمَّ بعثت مع أبي، فَلَمْ يُحَرِّمْ عَلَي رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَيْئًا أَحَلَّهُ اللهُ لَهُ"[٤].

ولا خلاف أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضحَّى ذلك العام.

(ص): **(العقيقة: ذِبْحُ الولادة، وأصله شعر المولود)**

(ش): ينبغي أن تضبط الذال من (ذِبْح) بالكسر؛ ليكون المراد ما يذبح، ويحتمل الفتح على إرادة المصدر؛ لأنَّ ذلك يستلزم مذبوحًا.

الجوهريّ: و(العقيقة): صوف الجذع، وشعر كل مولود من الناس والبهائم عقيقة، ويقال: عقيق أيضًا، وعِقَّة بالكسر، ومنه سميت الشاة التي تذبح عن المولود يوم سابعه: عقيقة، انتهى.

ثم نقل من الشعر إلى ما يذبح من باب إطلاق السبب على المسبب، أو من باب إطلاق أحد المتلازمين على الآخر، وصار حقيقة شرعيَّة في المذبوح للولادة.

وأنكر أحمد بن حنبل رضي الله عنه أن تكون العقيقة مأخوذة مما تقدَّم، وقال: إنما العقيقة الذَّبح نفسه؛ وهو: قطع الأوداج والحلقوم، ومنه قيل لقاطع رحمه: عاق.

(ص): **(وهو مُستحب للذَّكر والأنثى ممَّا يُجْزِئُ في الأضحية)**

=

أظفاره حتى يضحي قالا: ولا يحرم ذلك عليه وبهذا قال الشافعي: وقال أحمد وإسحاق: يحرم عليه الحلق وتقليم الأظفار. التاج والإكليل ٣٨٠/٤.

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٩٧٨).

(٢) أخرجه الترمذي، برقم (١٥٢٣).

(٣) أخرجه أبو داود، برقم (٢٧٩١).

(٤) أخرجه البخاري، برقم (١٦٩٦) ومسلم، برقم (١٣٢١).

(ش): الضمير في (هُوَ) عائد على الذبح؛ أي: ولا يبلغ السنية، وحكى صاحب "البَيَان" عن ابن حبيب أنها سُنَّة، وحكاه بعض الأندلسيين عن مالك.

ووقع لمالك في "العُتْبِيَّة " فيمن لم يكن عنده يوم الأضحى إلا شاة أنَّه يعق بها ولا يضحِّي. فظاهره: أن العقيقة آكد، إلا أنَّهم تأوَّلوه؛ ففي "البَيَان " معناه: إذا رجا أن يجد أضحية في بقية أيام الأضحى، وإلا فليضحِّ بها؛ لأنَّ الضحيَّة أوجب عند مالك وجميع أصحابه؛ لأنَّه قيل: إنَّها سنة واجبة، وقيل: مستحبة، ولو كان ذلك في آخر أيام الأضحى لكانت الضحية أولى، قاله العتبيّ، وابن حبيب، وهو قياس ما قلناه.

وقوله: (للذكر والأنثى) أي: يكفي لكل واحد منهما شاة، ونبَّه على خلاف الشافعي؛ فإنه جعل للذكر شاتين، ودليلنا ما رواه أبو داود عن أبي معمر عبد الله بن عمر، عن عبد الوارث، عن أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنه: "أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَقَّ عَنِ الْحَسَنِ كَبْشًا، وَعَنِ الْحُسَيْنِ كَبْشًا"[1]، قال بعض المحدِّثين: وهو صحيح.وقال بعضهم: سنده صحيح.

وروى الترمذي عن عائشة، وصححه: "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمرهم عَنِ الْغُلامِ شَاتَيْنِ، وَعَنِ الْجَارِيَةِ شَاةً"[2]، وخرَّجه النسائي[3] من حديث أم كرز، وبه قال الشافعي، قيل: وهو أولى؛ لأنَّ سماع أم كرز منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان عام الحديبية، وهو متأخِّر عن حديث ابن عباس.

وقوله: (ممَّا يجزئ في الأضحية) ظاهر.

(ص): (وفي الإبل والبقر قولان)

(ش): قال صاحب " البَيَان"، وصاحب " الجواهر": المشهور أنها كالضحية في أجناسها، وقال ابن شعبان: لا يعق بشيء من الإبل والبقر، وروي مثله في "العُتْبِيَّة"؛ لأنَّ المذكور في أحاديث هذا الباب إنَّما هو الغنم.

(ص): (ووقته السابع، ولا يُعَدُّ ما وُلد فيه بعد الفجر على المشهور)

(ش): لا خلاف عندنا أن وقته السابع، قال مالك في "العُتْبِيَّة": وحد ذبح العقائق

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٢٨٤١).

(٢) أخرجه الترمذي، برقم (١٥١٣).

(٣) أخرجه النسائي في الصغرى، برقم (٤٢١٢).

ضحوة، وهي سنَّة الذبح في الضحايا وأيَّام مِنَى، وهي ساعة الذبائح[1].

(ولا يُعدُّ ما وُلد فيه بعد الفجر على المشهور) يعني: إن ولد قبل الفجر بذلك اليوم، وإن ولد بعده، فالمشهور ألا يحتسب به، وقيل: إن ولد قبل الزَّوال حسب ذلك اليوم، وإن ولد بعده لم يحسب، وهذا القول رجع عنه مالك، وقال أَصْبَغ: يُلغى ذلك اليوم، وإن حسب سبعة أيام من تلك الساعة إلى مثلها أجزأ.قال في "البَيَان": وهو قول حسن.

وظاهر كلامه: أن مقابل المشهور الاعتداد به، وإن ولد قبل الغروب، وهذا القول هكذا إنَّما نقله اللَّخْمِيّ، وصاحب "البَيَان" عن عبد العزيز بن أبي سلمة، ويحتمل أن يريد بمقابل المشهور: قول أَصْبَغ. وظاهر كلام المُصَنِّف: تعرية الوجه الأول - أعني: إذا ولد قبل الفجر - عن الخلاف.

---

(١) وليست العقيقة بواجبة ولكنها يستحب العمل بها وهي من الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا قال وفي غير ((الموطأ)) لا يعق عن المولود إلا يوم سابعه ضحوة فإن جاوز السابع لم يعق عنه ولا يعق عن كبير.

وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور والطبري العقيقة سنة يجب العمل بها ولا ينبغي تركها لمن قدر عليها.

وقال أبو الزناد العقيقة من أمر المسلمين الذين كانوا يكرهون تركها.

وقال الثوري ليست العقيقة بواجبة وإن صنعت فحسن.

وقال محمد بن الحسن هي تطوع كان المسلمون يصنعونها فنسخها عيد الأضحى فمن شاء فعل ومن شاء ترك.

قال أبو عمر ليس ذبح الأضحى بناسخ للعقيقة عند جمهور العلماء ولا جاء في الآثار المرفوعة ولا عن السلف ما يدل على ما قال محمد بن الحسن ولا أصل لقولهم في ذلك.

وتحصيل مذهب أبي حنيفة وأصحابه أن العقيقة تطوع فمن شاء فعلها ومن شاء تركها.

وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث هذا الباب من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل دليل على أن العقيقة ليست بواجبة لأن الواجب لا يقال فيه من أحب أن يفعله فعله بل هذا لفظ التخيير والإباحة.

وقال مالك يعق عن اليتيم ويعق العبد المأذون له في التجارة عن ولده إلا أن يمنعه سيده.

وقال الشافعي لا يعق العبد المأذون له في التجارة عن ولده ولا يعق عن اليتيم كما لا يضحى عنه.

وقال مالك ولا يعد اليوم الذي ولد فيه المولود إلا أن يولد قبل الفجر من ليلة ذلك اليوم. الاستذكار ٥/٣١٦.

وحكي في "البَيَان " عن ابن الماجشون: أنَّه لا يحتسب إلا من غروب الشمس الآتي بعد الولادة؛ سواء كانت الولادة ليلا أو نهارًا.

(ص): (**وفي الذَّبح ليلا وبعد الفجر ما في الأضحية**)

(**ش**): أي: فلا يجزئ ليلا على المشهور، وقوله: (وبعد الفجر) نص مالك في "المبسوط " على عدم الإجزاء إذا ذبحها قبل طلوع الشمس، وأخذه ابن رشد من "العُتْبِيَّة"[1].

وقال ابن الماجشون: يجزيه إن كان بعد طلوع الفجر، قال في "البَيَان": وهو أظهر؛ لأنَّ العقيقة ليست منضمة إلى صلاة، فكان قياسها على الهدايا أولى من قياسها على الضحايا. وهذا الخلاف يأتي على المشهور في المسألة السابقة وعلى الشاذ. وقول ابن عبد سلام: إنَّما يتمشَّى على غير المشهور، وأمَّا على المشهور من إلغاء جزء من النهار فلا، ليس بظاهر.

ويجزئ ذبحها أيضًا ليلا على الشاذ، أنَّها لا تفوت بغروب الشمس من السابع وأنَّها تذبح فيما قرب، قاله مالك في "العُتْبِيَّة".

(ص): (**فإن فات، ففي السابع الثاني والثالث قولان**)

(ش) أي: فات السابع الأوَّل، فالمشهور الفوات، وروى ابن وهب عن مالك أنَّها تذبح في السابع الثاني، فإن لم تذبح فيه ففي الثالث، وجعلها ثلاثة أسابيع كما أن أيَّام الذبح في الضحية ثلاثة، وفي "مختصر الوقار " أنها تذبح في السابع الثاني فقط، وفي "العُتْبِيَّة " أنَّه إذا فات السابع الأوَّل، فلا يعق عنه إلا أن يكون قريبًا.قال في "البَيَان": هو خلاف المشهور.

---

(١) والخلاف في الذبح ليلا إنما هو فيما عدا ليلة اليوم الأول النظر الرابع في أحكامها وهي قسمان قبل الذبح وبعده القسم الأول قبل الذبح وهو سبعة أحكام الحكم الأول تعيينها ففي الجواهر إذا قال جعلت هذه أضحيتي تعينت وقاله ش وابن حنبل قياسا على تعيين العبد للعتق والدار للحبس قال مالك في العتبية إذا سمي أضحيته فلا يجزها لأنه ينقصها قال صاحب البيان لا تجب عند مالك بالتسمية وقال القاضي اسماعيل إذا قال أوجبتها أضحية تعينت قال وهو بعيد ولا تتعين عند مالك إلا بالذبح ثم قال في المقدمات وقد وقع في العتبية أنها تجب بالتسمية إذا قال هذه أضحيتي بعد ان حمله في البيان على الاستحباب قال أبو الطاهر وحمل بعض المتأخرين قول ابن القاسم في الكتاب بالتأثيم إذا أخر الأضحية بعد أيام النحر على أنها تجب بالشراء بالأصالة وإنما تجب بالشراء إذا قصد شراءها لذلك. الذخيرة ٤/١٥١.

فيتحصَّل في المسألة أربعة أقوال.

(ص): **(وفي كراهة عملها وليمة قولان)**

(ش): الكراهة لمالك وابن القاسم في "العُتْبِيَّة"، وعلله مالك بمخالفة العمل، والقول بالجواز حكاه ابن راشد عن ابن حبيب، وعلله ابن بشير بأنه طعام سرور فأشبه الولائم.

وقال ابن عبد السلام: الذي أجازه هو ابن حبيب في ظاهر كلامه، وإطعامها للفقراء أفضل، ويجوز إطعامها للأغنياء، ولو أكلوها ولم يطعموا أحدًا لأجزأتهم، وقد فاتهم الأفضل.

ابن حبيب: ويحسن أن يوسع بغير شاة العقيقة؛ لإكثار الطعام ودعاء الناس.

وتأوَّل بعضهم أنَّ مراد ابن حبيب دعاء الناس إنَّما هو على المزيد على العقيقة لا على العقيقة نفسها، وكذلك حكاه بعضهم عن ابن حبيب نصًا، وعلى هذا فلا يكون في المسألة خلاف.

ابن راشد: والسُّنة أن يطعم الناس منها في مواضعهم كالأضحية.

(ص): **(وفي كراهة التصدق بزنة شعره ذهبًا أو فضة قولان)**

(ش): الكراهة حكاها ابن مزين.

ابن عبد السلام: والقول بالإباحة ذكره ابن الجلاب، انتهى.

ولفظه: وليس على الناس التَّصدُّق بوزن شعر المولود ذهبًا أو فضة، فإن فعل فلا بأس به، ونص صاحب " الرسالة " وغيره على الاستحباب.

(ص): **(ولا بأس بكسر عظامها كالضحية)**

(ش): عبد الوهاب: ويجوز كسر عظامها، لا أنَّه مستحب ولا مسنون، ولكن تكذيبًا للجاهلية في تحرجهم من ذلك، وتفصيلهم إياها من المفاصل.

وفي "الحفيد": إن الكسر مستحب لمخالفة الجاهلية.

(ص): **(ولا يُلطَّخ المولود بدمها...[1])**

(ش): قال في "الرسالة": وإن خلق رأسه بخلوق بدلا من الدم الذي كانت تفعله الجاهلية، فلا بأس بذلك.

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ٢٣١/١.

فَرْعٌ:

قال مالك في "العُتْبِيَّة": من مات ولده قبل السابع فلا عقيقة عليه.

ابن يونس: ولا تسمية عليه فيه.

ابن وهب: فذكرت له الحديث في السقط: "يقول لأبيه يوم القيامة: تركتني من غير اسم.."، فلم يعرفه.

وقال ابن حبيب: أحب إليَّ إن مات قبل السابع أن يُسمَّى، وكذلك السقط يُسمَّى، لما روي من رجاء شفاعته.

قيل لمالك في "العُتْبِيَّة": أيكره أن يسمى أحد قبل السابع؟ فقال: ما رأيت أحدًا يسمِّي قبل السابع، إنَّما يعق عنه ويسمِّي يوم السابع.

ابن يونس: وكره مالك الختان يوم ولد الصبي أو في سابعه، وقال: هو من فعل اليهود، ولم يكن من عمل الناس إلا حديثًا. وكان لا يرى بأسًا أن يُفعل لعله يخاف على الصبي.

مالك: وحدُّ الختان من وقت يؤمر بالصلاة من سبع سنين إلى عشر.

كتاب الأيمان[1] والنذور

(ص): (الأيمان والنذور: واليمين الموجبة للكفارة: اليمين بالله تعالى وصفاته، غير لغو ولا غموس؛ مثل: (والله، والرَّزَّاق، وعلمه، وقدرته، وإرادته، وسمعه، وبصره، وكلامه، ووحدانيته، وقِدَمِه، ووجوده، وعزَّتِه، وجلالته، وعظمته، وعهده، وميثاقه، وذمَّتِه، وكفالته..)، بخلاف ما تحقَّق للفعل؛ كالخلق، والرِّزق. وكُرِهَ اليمين بـ(لعَمْرِ الله)، و(أمانة الله)؛ إذ لم يرد إطلاقهما، وفيه الكفَّارة إن قصد الصِّفَة...[2])

(ش): وسمِّي الحلف يمينًا؛ لأنَّهم كانوا إذا حلفوا وضع أحدهم يمينه في يمين صاحبه، وقيل: اليمين: القوَّة[3].

وسمي العضو يمينًا لوفور قوَّته على اليسار، ومنه قوله تعالى: ﴿لأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾ [الحاقة: ٤٥]، أي: بالقوة، قال في "الذخيرة": فعلى هذا يكون التزام الطلاق والعتاق وغيرهما في تقدير المخالفة يمينًا، بخلاف التفسير الأوَّل.

---

(١) الأيمان لغة: جمع يمين وهو القوة: وفي الصحاح: اليمين القسم، والجمع الأيمن والأيمان. انظر: الصحاح: ٢٢٢١/٦. وأما اصطلاحا: فقال المالكية بأنه: تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته. انظر: حاشية الدسوقي: ١١٢/٢.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ٢٣٢/١.

(٣) هو مباح في الحلف بالله تعالى وبأسمائه الحسنى وصفاته العلى ومحرم وهو الحلف باللاة والعزى وما يعبد من دون الله تعالى لأن الحلف تعظيم وتعظيم هذه الأشياء كفر ومكروه وهو الحلف بما عدا ذلك وقاله ش لما في مسلم قال عليه السلام إن الله تعالى ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت وهو ينقسم إلى ما يلزم كالعتاق والطلاق وإلى ما لا يلزم كالتزام شرب الخمر ونحوه والحلف بالرسول عليه السلام أو الكعبة أو المشي إلى السوق قال اللخمي الحلف بالمخلوقات كالنبي عليه السلام والكعبة ممنوع فمن فعل فليستغفر الله تعالى واختلف في جواز الحلف بصفات الله تعالى كالقدرة فالمشهور الجواز ولزوم الكفارة، وقاله الأئمة، وروي عن مالك: الكراهة في: لعمر الله وأمانة الله وان احلف بالقران والمصحف ليس بيمين والاكفارة فيه وفي الجواهر: لا يجوز الحلف بصفاته الفعلية كالرزق والخلق ولا تجب الكفارة وهو موافق للخمي دون المقدمات ويدل على جواز الحلف بالصفات القديمة ما في البخاري أن أيوب عليه السلام قال بلى وعزتك ولكن لا غنى لي عن بركتك. الذخيرة ٦/٤.

و(الحِلْف) بكسر اللام وسكونها.

و(النذور): جمع نذر، وقد يجمع على نُذُر، وهو في اللغة عبارة عن الالتزام، وقيل: هو التزام بشرط.

ابن بشير: والأوَّل أشهر.

وهل الحلف من حيث هو مباح، وإليه ذهب الأكثر، أو أرجح الترك؟ قولان للشيوخ.

ابن عبد السلام: والصحيح نقلا ونظرًا: الإباحة، وقلنا: من حيث هو؛ لأنَّه قد يعرض له الوجوب والندب والتَّحريم.

ولا خلاف في جواز الحلف بأسماء الله تعالى؛ سواء دلَّت على الذات فقط، أو مع صفة؛ كقوله: والله، والرحمن، والعزيز، والقدير...، وأمَّا صفاته؛ فالمعروف من المذهب جواز الحلف بها، وخرج اللَّخْمِيّ من قوله في "الْمَوَّازِيَّة " فيمن حلف، فقال: (لعمر الله)، فقال: لا يعجبني أن يحلف به أحد.

ومن كراهة مالك أيضًا الحلف بـ (أمانة الله)، ومن رواية علي مسألة الحلف بالقرآن وألفاظ وقعت لهم في هذا الباب تقتضي الخلاف في الأيمان بالصفات.

واعلم أن الكفارة إنَّما تجب في (عزة الله، وأمانة الله) إن قصد بذلك صفته تعالى، وأما إن أراد ما جعله الله تعالى في عباده من العزة والأمانة، كقوله تعالى: ﴿سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ﴾ [الصافات: ١٨٠]، فإنَّه لا كفارة عليه، نص عليه أشهب، ولا يجوز حينئذٍ الحلف بهما، وقاله ابن سحنون في العزَّة فقط، وقاله محمد في "العهد".

قال في "الذخيرة": (أمانة الله): تكليفه؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ﴾ [الأحزاب: ٧٢]، وتكليفه: كلامه القديم، و(عمر الله تعالى): بقاؤه، وهو استمرار وجوده، و(عهد الله): إلزامه؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِي﴾ [البقرة: ٤٠]، أي: بتكاليفي، فذمته: التزامه، فيرجع إلى خبره، وخبره: كلامه، وكذلك كفالته وميثاقه راجعان إلى الكلام.

عياض: لـ (عَمْرُ) بالفتح والضم: الحياة والبقاء، إلا أنَّه إذا استعمل في القسم، لم يكن فيه غير الفتح، ولم يحكِ المُصَنِّف في عهد الله خلافًا.

ابن الحارث: واتَّفقوا على وجوب الكفارة إذا قال: (عليَّ عهد الله)، واختلفوا إذا

قال: (وعهد الله).

قال في "الْمُدَوَّنَة"[١]: تجب، وقال الدِّمياطي: لا تجب.

اللَّخْمِيّ: والعهد على أربعة أوجه تجب الكفارة في وجه، وتسقط في اثنين، واختلف في الرابع، فإن قال: (علي عهد الله)، فعليه الكفارة، وإن قال: (لك عهد الله، أو أعطيك عهدًا)، فلا كفارة عليه.

واختلف إذا قال: أعاهد الله، فقال ابن حبيب: عليه كفارة يمين، وقال ابن شعبان: لا كفارة عليه؛لأنَّه لم يحلف بالعهد إذ قوله: (أعاهد الله)، عهدٌ منه، وليس بصفة الله.

ابن حبيب: وإذا قال: (أبايع الله)، فعليه كفارة يمين.

اللَّخْمِيّ: وعلى قول ابن شعبان لا شيء عليه.

ابن حبيب: (ايم الله) يمين، وفي "الْمَوَّازِيَّة " لمالك: إذا قال: (لعمر الله) أو (ايم الله)، أخاف أن يكون يمينًا[٢].

اللَّخْمِيّ: فتردد هل هي يمين أم لا؟

ابن عبد الحكم: وإن قال: (لاها الله) فهي يمين، كقوله: (تالله)، وإن قال: (الله علي راعٍ أو كفيل)، فليس في ذلك كفَّارة.

قال في "الْمَوَّازِيَّة": قال بعض أصحابنا في (مَعَاذَ الله): ليست يمينًا إلا أن يريد بها اليمين.

وقيل في (معاذ الله) و(حاشا الله): إنهما ليستا بيمين بحال، انتهى.وفي اللَّخْمِيّ قول: إنَّهما يمين.

التُّونُسِيّ: والأشبه في (معاذ الله) و(حاشا الله) أنَّهما ليستا بيمين.

وقال ابن حبيب: وقول الرجل للرجل: (علي عهد الله، أو لك علي عهد الله إن فعلت كذا)، فلا كفارة عليه في هذا، ولا رخصة في تركه. انتهى.وهو يخالف الاتفاق الذي حكاه ابن حارث.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٣.

(٢) قال الأشموني: وأما أيمن المخصوص بالقسم فألفه بالوصل عند البصريين والقطع عند الكوفيين لأنه عندهم جمع يمين وعند سيبويه اسم مفرد من اليمين وهو البركة فلما حذفت نونه فقيل أيم الله أعاضوه الهمزة في أوله ولم يحذفوها لما أعادوا النون لأنها بصدد الحذف كما قلنا في امرىء وفيه اثنتا عشرة لغة. بلغة السالك ١٢٩/٢.

وقوله: (وكُرِهَ اليمين بـ (لعمر الله)) أي: كره مالك في "الْمَوَّازِيَّة " الحلف بـ (عمر الله)، وظاهر "الْمُدَوَّنَة[1]" جواز الحلف به ففيها: الحلف بجميع أسماء الله تعالى وصفاته لازم؛ كقوله: والعزيز، والسميع، والعليم..، ثم قال: أو قال: وعِزَّة الله، وكبريائه، وقدرته، وأمانته، أو قال: لعمر الله، فهي كلها أيمان تكفر، ولعل المراد بالكراهية - على ما في "الْمَوَّازِيَّة " -: المنع؛ لأنَّ الصحيح أن أسماء الله تعالى توقيفية، بل أشار ابن عبد السلام إلى أن هذا ليس هو محل للخلاف؛ لأنَّ (لعمر) حقيقة في حق الحادث، وكذلك الأمانة فهما مجملان، وإنما محل الخلاف ما كان صريحًا وظاهرًا في معناه، وكان معناه صحيحًا، وهذا البحث إنما هو على ما علل به الْمُصَنِّف.

ابن بشير: ويحتمل أن تكون الكراهة للتردُّد الذي قدمناه عن أشهب في "الأمانة"؛ أي: من إرادة صفة الله تعالى، أو الأمانة التي جعلها الله تعالى في عباده.

تنبيه:

لا فرق بين أن يقول: والله، أو وحق الله، فإن ذلك كله يمين، نص عليه في "العُتْبِيَّة"، ومذهب أبي حنيفة أنَّه لا يلزمه حكم اليمين إذا قال: وحق الله.

(**والمشهور: الكفَّارة في القرآن والمصحف، وأُنكرت رواية ابن زياد، وقيل: الحق إن أُريد الحادث لم تجب**)

(ش): مقابل المشهور رواية ابن زياد، ونقلها في "النوادر" في المصحف، واللَّخْمِيّ في القرآن والمصحف، والمنكر لها ابن أبي زيد؛ لأنَّها توهم القول بخلق القرآن، قال: وإن صحَّت حملت على أنه أراد جرم المصحف، قال غيره: ومراده في فعل العباد في القرآن؛ كما قال: يقطع الليل تسبيحًا وقرآنا.

وقوله: (وقيل: الحق) هو كلام ذكره بعضهم جمعًا بين القولين، وهو صحيح في نفسه، ولكنه خارج عن محل الخلاف، فإنَّه إن قصد القديم لَزِمَتْهُ الكفارة باتفاق، وإن قصد الحادث لم تلزمه باتفاق.

ابن بشير وغيره: وإنَّما محل الخلاف حيث لا نيَّة، أو كانت ونسيها، ولا فرق على المشهور بين أن يحلف بالمصحف أو بالقرآن أو بالكتاب، أو بما أنزل الله، رواه ابن المواز.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٣.

ولا فرق بين أن يحلف بالقرآن، أو بسورة منه أو آية، رواه ابن حبيب، وفي "العُتْبِيَّة" عن ابن حبيب لزوم الكفارة في الحالف بالتوراة والإنجيل، وهو جارٍ على المشهور.

(ص): (**والنذر لا مخرج له مثل: عَلَيَّ نذرٌ فيه كفارة يمين**)

(ش): لما في "مسلم": قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ"[1]، ولا يمكن حمله على نذر معين؛ لأنَّه لو نذر طاعة معيَّنة لزمه الإتيان بها، لما في "الصحيح": "مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ، فَلْيُطِعْهُ"[2]، فتعيَّن حمله على ما لا مخرج له[3].

(ص): (**واليمين بغير ذلك مكروه، وقيل: حرامٌ**)

(ش): أي: اليمين بغير الله وصفاته كالحالف بالكعبة والنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والأظهر من القولين التحريم؛ لما في "الموطأ[4]" و"الصحيحين"[5] عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ اللهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ"، ولمالك[6] ومسلم:[7] " وَمَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أو فَلْيَصْمُتْ".

وأيضًا يدخل في كلام المُصَنِّف اليمين بالطلاق والعتاق، وقد نصُّوا على تأديب الحالف بهما، ولا يكون الأدب في المكروه إلا أن يقال: إطلاق الأيمان عليهما مجاز، ألا ترى أن حروف القسم لا تدخل عليهما؟!

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٦٤٦).

(٢) أخرجه البخاري، برقم (٦٦٩٦) والترمذي، برقم (١٥٢٦).

(٣) وقد روي عن خالد بن زيد فيمن قال علي نذر أن سمى مشيا فهو ما سمى وإن نوى فهو ما نوى وإن لم يكن صام يوما أو صلى ركعتين. واختلفوا في وجوب قضاء النذر عن الميت على وارثه. فقال أهل الظاهر يقضيه عنه وليه الوارث هو واجب عليه صوما أو مالا. وقال جمهور الفقهاء ليس ذلك على الوارث بواجب وإن فعل فقد أحسن إن كان صدقة عتقا. واختلفوا في الصوم على ما مضى في كتاب الصيام. واختلفوا أيضا إذا أوصى به

فقالت طائفة من العلماء هو في ثلثه. وقال آخرون كل واجب عليه في ثلثه. وقال آخرون كل واجب عليه في حياته أوصى به فهو رأس. وقد ذكرنا القائلين بذلك كله في غير هذا الموضع. الاستذكار ١٦٧/٥.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٠٣٧).

(٥) أخرجه البخاري، برقم (٣٨٣٦) ومسلم، برقم (١٦٤٧).

(٦) أخرجه مالك، برقم (٢٢٢٣).

(٧) أخرجه مسلم، برقم (١٦٤٨، و١٦٤٩).

فَرْعٌ:

ابن حبيب: كره مالك أن يقول الرجل: رغم أنفي لله، أو يقول الصائم: والذي خاتمه على فمي.

(ص): **(وأما اليمين بنحو اللات والعزى، والأنصاب والأزلام، فإن قصد تعظيمها فكفر، وإلا فحرام)**

(ش): تصوره ظاهر، وفي مساواة الأنصاب والأزلام واللات والعزى في تكفير الحالف إذا قصد التعظيم نظر. ومقتضى كلام المُصَنِّف: أنه إذا لم يقصد باللات والعزى التعظيم أنَّه ليس بكفر.

وكذلك نص ابن بشير، وأشار ابن دقيق العيد في شرح " العمدة " إلى نفي ما ذكره المُصَنِّف من عدم قصد التعظيم، قال: لأنَّ الحلف بالشيء تعظيم له.

(ص): **(ولا كفَّارة في لغو اليمين بالله، وهي اليمين على ما يعتقده فيتبين خلافه ماضيًا أو مستقبلا، وقيل: ما يسبق إليه اللسان بغير قصد، وعن عائشة رضي الله عنها القولان)**

(ش): الأصل في هذا قوله تعالى: ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأيْمَانَ﴾ [المائدة: ٨٩]، والمشهور: أن اللاغية هي: أن يحلف على الشيء يستيقن أنه كذلك، ثُمَّ يوجد على غير ذلك، هكذا قال مالك في "الموطأ".

وقال القاضي إسماعيل والأبهريّ: هي ما يسبق إليه اللسان من: والله، ولا والله، رواه مالك في "الموطأ " عن عائشة(١).

وجوَّز الباجي فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن اللَّغو لا يكون إلا في اليمين.

والثاني: أن اللَّغو قول الرجل: لا والله، وبلى ولله، فيما يعتقده ثم يتبيَّن خلافه.

والثالث: أن يريد ما يجري على اللِّسان من غير قصد، فقول المُصَنِّف: (وعن عائشة... القولان) يقتضي أن ذلك مروي عن عائشة مفسَّر، وصرَّح ابن بشير بذلك.

---

(١) في الموطأ عن عائشة أنها كانت تقول لغو اليمين قول الانسان لا والله وبلى والله. قال مالك أحسن ماسمعت في هذا أن اللغو حلف الانسان على الشيء يستبن أنه كذلك ثم يوجد الناس وتجاوزهم: وهذا اختيار أبي بكر الأبهري قال الناجي: ووجهه أنها أيمان جارية على اللسان من غير اعتقاد ولا قصد إلى عقد اليمين اهـ. وهو مذهب الشافعية. أشرف المسالك ١/١١٥.

خليل: ورأيت ابن بطَّال حكى في (باب الأيمان) عن عائشة رضي الله عنها، مثل ما حكاه المُصَنِّف، ولفظه: وروي عن ابن عباس: (أنَّ لغو اليمين: أن يحلف الرجل على الشيء يعتقد أنَّه كما حلف عليه، ثم يوجد على غير ذلك، وروي هذا القول عن عائشة رضي الله عنها. ذكره ابن وهب عن عمر بن قيس، عن عطاء، عن عائشة رضي الله عنها.

ابن عبد السلام: ولم يوجد لها كقول مالك بعد البحث عنه.

ابن راشد: وإن كان ذلك مرويًّا عنها فيحمل لفظه على ظاهره، وإلا حمل أن فيه إضمارًا؛ أي: وعن الأشياخ في تفسير قول عائشة رضي الله عنها القولان.

وقوله: (ماضيًا أو مُستقبلا) مثال الماضي: والله ما جاء زيد، وهو يعتقد ذلك.

ومثال المستقبل: والله ما يأتي زيد غدًا، وهو يعتقده، وعبر المُصَنِّف بـ (الاعتقاد)، ومالك في "الموطأ " وابن القاسم بـ (اليقين)، والظاهر: أن المراد بهما واحد.

وقال بعض البغداديين: اللغو: أن يحلف على الشيء يظنه.

ابن يونس: يريد بالظن هنا: اليقين، وهو يرجع إلى قول مالك.

(ص): **(ولا في الغموس؛ وهي اليمين على ما يعلم خِلافه)**

(ش): أي: ولا كفارة في الغموس، وسواء تعلَّقت بالماضي أو بالمستقبل، فالماضي واضح، والمستقبل كما لو كانت يمينه على ما لا يصحُّ وجوده، أو قد علم أنه لا يوجد، كقوله: والله لأقتلن فلانًا غدًا، وفلان قد علم أنَّه ميت، أو لأطلقن النساء اليوم، أو لا تطلع الشمس.

ولم يجزم التُّونُسِيّ بحصولها في المستقبل، بل قال: الأشبه أنَّها غموس.

ومثل بما ذكرناه ابن عبد السلام: وأكثر كلام الشيوح يقتضي انحصار اللاغية في الماضي والحال، وأنَّها لا تتناول المستقبل، وذكر أيضًا عن بعض الشيوخ حصر اليمين الغَمُوس في الماضي، وقيل لها: غموس؛ لأنَّها تغمس صاحبها في النار، وقيل: في الإثم، وهو الأظهر؛ لأنه سبب حاصل.

مالك: وهي أعظم من أن تُكفَّر.

ابن حبيب: وهي من الكبائر.

(ص): **(وفيها: ومن حلف على ما شك فيه فتبيَّن خلافه، فغموس، وإلا فقد سَلِم)**

(ش): نص " التهذيب": ومن قال: والله ما لقيت فلانًا أمس، وهو لا يدري ألقيه أم لا؟ ثم علم بعد يمينه أنَّه كما حلف بر، فقد خاطر وسلم، وإن كان على خلاف ذلك

أَثِم، وكان كمتعمد الكذب، وهو مخالف لقوله: (وإلا فقد سلم)؛ لأن قوله: (وإلا) يدخل فيه صورتان:

الأولى: أن يعلم صدق ما حلف عليه.

والثانية: أن يبقى على شكه، وهذه الثانية غموس على كلامه في "الْمُدَوَّنَة[١]".

التُّونُسِيّ: وقال في الذي حلف (لقد لقيني فلان أمس)، وهو شاك حين يمينه، ثم تحقَّق أنه لقيه قد بر، وإن لم يتحقَّق ذلك أنَّه لم يلقه، فقد أثم.

وفي هذا نظر؛ لأن يمينه على الشك وهي معصية، فإذا كشف الغيب أن الأمر كما حلف عليه، لم يسلم من إثم الجرأة على اليمين في أمر لا يتحققه.

اللَّخْمِيّ: وأرجو أن يكون إثم الشاك أخف من إثم متعمِّد الكذب.

ابن عبد السلام: وحمل غير واحد لفظ "الْمُدَوَّنَة[٢]" على أنه وافق البر في الظاهر؛ لأن إثم جرأته بالإقدام على الحلف شاكًّا سقط عنه، لأنَّ ذلك لا يزيله إلا التوبة، وهو ظاهر في الفقه، إلا أنه بعيد من لفظ "الْمُدَوَّنَة".

(ص): **(قُلت: والظاهر أن الظن كذلك)**

(ش): أي: يلحق بمسألة "الْمُدَوَّنَة[٣]"، ويفعل فيه كما فعل في مسألة "الْمُدَوَّنَة" إذا حلف مع ظن صدق ما حلف عليه، والجامع أنَّه في كلا المسألتين أقدم على الحلف غير جازم، ونسبة الْمُصَنِّف هذا الكلام لنفسه تقتضي أنَّه لم يره لغيره، وقد نقله في "النوادر " عن ابن الموَّاز، قال: وكذلك الحالف على شك أو ظن، فإن صادف ذلك كما حلف عليه، فلا شيء عليه، وقد خاطر، فعطفه الظن على الشك دليل على أنَّه أراد حقيقته العرفيَّة، وهو مقتضى كلام ابن يونس، فإنَّه قال: وأما قولهم في الغَمُوس؛ وهو: أن يحلف على أمر يظنُّه، يريد: وهو لا يوقنه.

وقاله محمد، وما قاله الْمُصَنِّف هنا إنما يأتي على القول الثاني الذي ذكره في كتاب الشهادة؛ لقوله: وما يحلف فيه بتًّا يكتفى فيه بظن قوي كخطه، أو خط أبيه، أو قرينة من خصمه وشبهه، وقيل: المعتبر اليقين، وانظره مع قول سليمان عليه السلام في

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٥.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٥.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٧.

"الصحيحين"[(١)]: (والله لأطُوفَنَّ اللَّيْلَةَ على سبعين امْرَأَةٍ تَلِدُ كُلُّ امْرَأَةٍ منهن غُلامًا يُقَاتِلُ فِي سَبِيلِ اللهِ، فقيل له: قُلْ إِنْ شَاءَ اللهُ، فَلَمْ يَقُلْ، فطَافَ بِهِنَّ، فَلَمْ تَلِدْ مِنْهُنَّ إلا امْرَأَةٌ واحدة نِصْفَ إِنْسَانٍ)، فإنه حلف عليه السلام على ما يظنه، ولا يجوز أن يكون معتمده في يمينه الوحي، وإلا ما تخلَّف ما حلف عليه، وهذا كله إذا أطلق اليمين، وأما إن قيدها، فقال: في ظني أو ما أشبه ذلك، فلا شيء عليه.

(ص): (ولا لغو في طلاق ولا غيره، وقضى به عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه في حالِفٍ على ناقةٍ أنها فلانة فَظَهَرَ خلافها)

(ش): لأنَّ الله تعالى لما قال: ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة:٢٢٥]، وكانت الحقيقة الشرعية في اليمين إنما هي الحلف بالله تعالى؛ ولذلك تدخل عليه حروف القسم، كانت الآية الكريمة خاصة باليمين بالله تعالى[(٢)].

وأما الطَّلاق، والعِتَاق،والصدقة؛ فليست يمينًا شرعيًا، وإنما هي التزامات، ولذلك لا تدخل على ذلك حروف القسم، ولأنَّ الحلف بذلك ممنوع فشدد عليه، وحكى في ذلك الاتفاق، واستشهد المُصَنِّف بقضاء عمر بن عبد العزيز، وتصوره واضح.

وقوله: (فتبيَّن خلافه) يريد: ناقة أخرى، وبذلك فسره أبو الحسن.

ابن عبد السلام: ووقع لابن الماجشون ما ظاهره: أن اللغو يجري في غير اليمين بالله، ففي "المبسوط": في أخوين كانا شريكين، اشترى رجل من أحدهما ثوبًا، فدفع الثمن إلى أخي البائع وهو يظنه البائع، ثُمَّ لقيه البائع، فسأله عن الثمن، فقال: قد دفعته إليك، فقال: والله ما أخذت منك شيئًا، فقال: امرأتي طالق إن لم أدفع إليك الثمن. فقال: ويحك؛ لعل أخي، فسئل أخوه، فقال: نعم دفع إليَّ، فقال: ما كنت ظننت إلا أني دفعت إليك، فقال مالك: هو حانث.

وقال ابن الماجشون: لا شيء عليه، إنَّما أصل يمينه أنَّه دفع إليك الثمن فيما رأى، وأنه لم يحبسه عنك، فكيف يحنث هاهنا؟!

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٣٤٢٤) ومسلم، برقم (١٦٥٥).

(٢) ولا لغو في يمين الطلاق ولو حلف على فعل شيء وطلق قبله ثم عادت إليه عاد اليمين ما بقي طلقة من النكاح الأول ثم المطلق المسلم المكلف المختار وإشارة الأخرس به كالنطق ولو بشهادة عدلين واختلفا في عدده فقال أحدهما ثلاثا والآخر اثنين أو واحدة لزم ما اتفقا عليه ولو أبانها مريضا لزمه وورثته وإن مات بعد العدة أو تزوجت.أشرف المسالك ١٤٩/١.

خليل: ويمكن أن يقال: ليس في هذا ثبوت اللغو في غير اليمين بالله؛ لأنَّه لما كان الأخوان في هذه المسألة شريكين، ومن دفع إلى أحد الشريكين فقد برئ من الآخر؛ إذ كل من الشريكين وكيل عن الآخر، وهو إنَّما حلف على البراءة، فلا يلزم من الحكم في هذه المسألة بعدم الحنث أن يكون كذلك في غير هذه المسألة، وهذا ظاهر من تعليل ابن الماجشون، والله أعلم.

(ص): (ومن قال لشيءٍ: هو عليَّ حرام من طعامٍ، أو شرابٍ، أو أمِّ ولدٍ، أو أَمَة، أو عبدٍ، أو غيره إلا الزوجة، فلا شيء عليه)

(ش): تصوره ظاهر، ولا أعلم فيه خلافًا عندنا.

قال في "الْمُدَوَّنَة"[١]: قال زيد بن أسلم: إنَّما " كَفَّر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في تحريمه أم ولده"؛ لأنَّه حلف بالله لا يقربها.

(ص): (وكذلك هو يهودي، أو نصراني، أو سارق، أو زانٍ، أو يأكل الميتة، أو عليه غضب الله، أو دعا على نفسه إن فَعَلَ، وليستغفرِ الله)

(ش): لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَنْ حَلَفَ بِمِلَّةٍ سِوَى الإِسْلامِ كَاذِبًا، فَهُوَ كَمَا قَالَ"[٢].

قال في "الاستذكار": وهو حديث صحيح النقل، وليس على ظاهره، وكأنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أراد النَّهي عن موافقة هذا اللفظ، وقد قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَنْ حَلَفَ مِنْكُمْ بِالْلاتِ وَالْعُزَّى، فَلْيَقُلْ: لا إِلَهَ إِلا اللهُ، وَمَنْ قَالَ: تَعَالَ أُقامرك، فَلْيَتَصَدَّقْ"[٣]، وهو حديث صحيح ثابت، انتهى.

وقال الباجي: معنى الحديث: "مَنْ حَلَفَ بِمِلَّةٍ غير الإِسْلامِ، فَهُوَ كَمَا قَالَ"؛ يعني: معتقدًا لذلك، ولذلك أمر من حلف باللات والعُزَّى بالتَّهليل، لنفي الكفر، انتهى.

وعلى هذا فيطالب بالشِّهادة والاستغفار.

(ص): (ولو قال: أحلف أو أُقْسِم ولم ينوِ بالله ولا بغيره، فلا كفَّارة على المشهور)

(ش): حاصله: إن قصد بالله؛ يريد: أو تلفَّظ بالله، لَزِمَتْهُ الكفارة، نص عليه التُّونُسِيّ، وصاحب " الجواهر".

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٨.

(٢) أخرجه البخاري، برقم (١٣٦٤) ومسلم، برقم (١١٣).

(٣) مضى تخريجه

وحكى الباجي الاتفاق عليه مع التلفُّظ، وفيه نظر؛ لأنَّ سحنون حكى في "السليمانيَّة " أنَّه اختلف فيمن قال: (أشهد بالله) أو (أقسم بالله)، هل هي يمين أو لا؟ وخرج اليمين فيما إذا نوى بالله، ولم يلفظ بها، خلافًا ممَّا إذا عقد اليمين بقلبه، واستشكل بأنَّ هنا لفظًا، فكان أقوى، وإن قصد بغيره لم يلزمه، وإن لم يقصد شيئًا، فالمشهور أنَّه لا يلزمه؛ لأنَّ الأصل: براءة الذمة، وقيل: يلزمه لأنَّ أصل اليمين إنَّما هو بالله، ولم أَقِف عليه بعد البحث عنه، وإنما هو معزوٌّ لأبي حنيفة، وقاله ابن عبد السلام، والمشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، وألحق فيها بهما (أشهد)، واقتصر في "الأمهات " على الثلاث، وزاد البراذعي (أعزم).

أبو الحسن: وليس بجيد؛ لأنَّ (أعزم) ليست يمينًا حتى يقول بالله، انتهى.

ونص ابن يونس على ما قاله أبو الحسن، لكن نص التُّونُسِيّ على مثل ما في "التهذيب"، وزاد فيها: وإن قال الرجل: أعزم عليك بالله ألا فعلت كذا. فيأبى، فهو كقوله: أسألك بالله لتفعلن كذا، فامتنع، فلا شيء على واحد منهما، وفي "الجلاب" و"الكافي": ومن قال لرجل: أقسم عليك لتفعلنَّ كذا وكذا، فإن أراد مسألته، فلا شيء عليه، وإن أراد عقد اليمين على نفسه، حنث بترك المقسَم عليه ما علَّقه به، فإن قلت: ما الفرق على ما في "التهذيب " بين: (أعزم بالله)، (أعزم عليك بالله)؟ قيل: لأنَّ الأولى حلف فيها على نفسه، فكانت منعقدة، والثانية: إنما سأل فيها غيره.

ابن حبيب: ومن قال لرجل: (أعزم عليك بالله)، فهو كقوله: (أسألك بالله)، فينبغي له أن يجيبه ما لم يكن معصية، وكذلك إن سئل بالرحم؛ لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ﴾ [النساء: ١].

التُّونُسِيّ: وأما قوله: (أقسمت عليك بالله لتفعلن)، ففي "كتاب ابن حبيب": إن لم يفعل فهو حانث، وفي "كتاب محمد": إن قال: (أعزم عليك ألا تفعل)، فلا شيء عليهما.

التُّونُسِيّ: فما الفرق بين: (أقسمت عليك بالله لتفعلن)، وبين: (عزمت عليك بالله لتفعلن)؟

(ص): (ولو قال: أشد ما أخذ أحدٌ على أحدٍ ففي كفارة اليمين أو جميع

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٥٨.

لأيمان: قولان)

(ش): القول بكفارة اليمين لابن وهب، والقول بلزوم الأيمان لابن القاسم، قال: إن لم تكن له نيَّة، لزمه طلاق نسائه، وعتق رقيقه، والصدقة بثلث ماله، ويمشي إلى الكعبة في رواية عيسى، إلا أن يكون قد عزل الطلاق والعتاق، فليكفر ثلاث كفارات[1].

الباجي: يريد - والله أعلم -: الصدقة، والمشي، وكفارة الأيمان.

وحمل بعضهم الكفارات على ظاهرها، ومنشأ الخلاف: النظر إلى المحلوف به، أو إلى ما يترتب على الحالف.

وقول ابن القاسم أقرب؛ لأنَّ صورتها على ما في "العُتْبِيَّة " وغيرها: (علي أشد ما أخذ أحد على أحد)، وذلك التزام، وليست اليمين بالله ولا غيرها مما يلتزم، وإنَّما يلتزم ما يترتَّب على الأيمان، والمرتَّب على الأيمان بالله تعالى ليس أشد، فوجب العدول إلى ما يترتَّب على أشد الأيمان، لكن في كلامه نظر؛ لأنَّ الظاهر أن مراده بجميع الأيمان: الأيمان اللازمة، في قوله: (الأيمان تلزمه).

ابن عبد السلام: ولا نعلم أحدًا من المتقدِّمين والمتأخرين بعد البحث عن أقوالهم أوجب في (أشد ما أخذ أحد على أحد) كفارة ظِهَار، ولا صوم سنة.

خليل: وفي "المفيد " عن بعضهم: إلزام كفارة الظِهَار.

---

(١) المعنى أن من حلف بالأيمان اللازمة فقال مثلا: الأيمان تلزمني لا فعلت أو إن فعلت، أو قال الأيمان لازمة لي أو جميع الأيمان أو الأيمان كلها أو أيمان المسلمين، فقد اختلف فيما يلزمه على أربعة أقوال. على ما ذكره الناظم، وأشار بقوله: الأصح لقول الباجي في المنتقى أنه الأظهر عندي، وفي المعيار عن العقباني أنه المشهور، وفي ضيح أنه الصحيح عند التونسي واللخمي وعبد الحميد والمازري وغيرهم، حتى أن السيوري أفتى بنقض حكم الحاكم إن أفتى بالواحدة وقوله: مع جهله وفقده للنية. يحتمل أن يكون هو موضوع الأقوال أي محل هذه الأقوال إذا جهل مدلول اللفظ وفقد النية أي: وفقد العرف أيضاً وإلا لزمه ما نواه باتفاق، أو ما جرى به العرف كما في ابن سلمون وغيره، فإن نوى أمراً والعرف بخلافه قدمت النية لقول (خ) وخصصت نية الحالف إلى قوله: ثم عرف قولي الخ. لأن الأعراف أصل معتبر في الأيمان، وكان الناظم استغنى عنه بالنية لأنه معلوم أنه يخصص كالنية أو فيه حذف الواو مع ما عطفت كما قررنا، ويحتمل أن سبب اختلاف هذه الأقوال هو اختلاف الأعراف، فكل قال بما جرى به عرف بلده من ثلاث أو غيرها، فمن جرى عرف بلده بقصد الثلاث فقد دون غيرها ألزمه إياها، ومن جرى عرف بلده بالرجعي ألزمه إياه أو البائن فقط ألزمه إياه، وقوله: وما به عمل أي لكون عرفهم لا يقصدون به جميع الأيمان مما عدا الطلاق. البهجة ٥٧٢/١.

(ص): (**ولو قال: الأيمان تلزمه - ولا نيَّة تخصص - فالجميع اتفاقًا، وفي لزوم طلقةٍ أو ثلاث قولان، ويلزمه عتق من يملك حين الحنث، والمشي إلى بيت الله، وصدقة ثلث المال، وكفَّارة يمين، وكفَّارة ظِهَار، وصوم سنةٍ إن كان مُعتاد اليمين بها**)

(**ش**): الطرطوشي: ليس لمالك ولا لأصحابه في هذه المسألة قول يؤثر، وإنَّما تكلَّم فيها المتأخرون، وفيها أربعة أقوال في المذهب:

نقل عن الأبهري: أنَّه لا يلزمه إلا الاستغفار، وعن الطرطوشي، وابن العربي، والسهيلي: أن عليه ثلاث كفارات.

الطرطوشي: ولا يدخل في يمينه طلاق ولا عتق، إلا أن ينوي ذلك، أو يكون العرف جاريًا به، قال: ولا فرق بين أن يقول: الأيمان تلزمني، أو لازمة لي، أو جميع الأيمان، أو الأيمان كلها تلزمني.

وعن ابن عبد البر: أن عليه كفارة يمين، وعلى هذا فالاتفاق الذي ذكره المُصَنِّف تبعًا لابن بشير ليس بجيد.

وقوله: (ولا نيَّة تخصصٍ) يقتضي تصديقه لو ادَّعى تخصيصًا، ونص على ذلك أبو عمران، وقال الباجي: لا خلاف في تصديقه فيما لا يحكم عليه به من صوم، ومشي، وعتق غير معين.

وأما الطلاق والعتق المعيَّن؛ فيجري الخلاف فيه على الخلاف في مسألة (الحلال عليَّ حرام)، انتهى.

وستأتي هذه المسألة المخرج عليها قوله: (وفي لزوم طلقةٍ أو ثلاث قولان).

الباجي: اختلفوا في الطلاق الواجب بذلك، فقال أبو عمران: وأكثر من بلغنا قوله من أهل إفريقية: تلزمه طلقة.

وقال أبو بكر ابن عبد الرحمن، ومعظم أهل بلدنا: تلزمه ثلاث، وهو الأظهر على أصل مالك.قال أبو بكر: لأنَّه يلزمه من كل نوع من الأيمان أوعبها، ولذلك أوجبنا عليه الحج ماشيًا دون العمرة، لما كان ذلك أوعب، وإذا قلنا بطلقة، فهل هي بائنة أو رجعيَّة؟ حكى بعضهم في ذلك قولين، والذي كان يفتي به الشيخ أبو محمد: لزوم الثلاث، وهو الصحيح عند التُّونُسِيّ، واللَّخْمِيّ، وعبد الحميد، والمازريّ، وغيرهم، حتى إن السيوريّ أفتى بنقض حكم حاكم أفتى بالواحدة، وحكى ابن بشير قولا بالفرق بين أن يكون قصد بقوله: (الأيمان تلزمني) العموم، فتلزمه الثلاث، وإن لم يكن له

مقصد في ذلك، لزمته واحدة.

وقوله: (ويلزمه عتق من يملك) يريد: وكذلك الطلاق.

الباجي: وإن لم يكن عنده امرأة أو مملوك، لم يلزمه فيمن يتزوج في المستقبل، ولا من يشتري في المستقبل، وعليه عتق رقبة لا أكثر.

ابن زرقون: وقوله: (إذا لم يكن عنده مملوك لا يلزمه عتق رقبة) غير معروف من أقوال من تكلَّم على هذه المسألة، وفيه نظر؛ فقد نقل صاحب " الجواهر " عن الأستاذ: أن المتأخرين أجمعوا على أنَّه إن لم يكن عنده رقيق، أن عليه عتق رقبة.

وقوله: (والمشي إلى بيت الله)؛ يعني: في حج، كما تقدَّم عن أبي بكر بن عبد الرحمن.

ونقل في "البَيَان " عمَّن أدرك من الشيوخ: في المشي في حج أو عمرة.

وفي قوله: (يعتق من يملك حين الحنث) نظر، وأهل المذهب: أنه إنما يلزمه من كان مملوكًا يوم اليمين؛ إذ المعروف من المذهب فيمن حلف إن فعل كذا، فعليه التصدُّق بثلث ماله، أنَّه إنما يلزمه الثلث حين اليمين. ولم أر أحدًا وافق المُصَنِّف على قوله، وقد اعترض عليه ابن هارون في ذلك.

قوله: (وكفارة يمين وكفارة ظهار) ابن هارون: يوهم أن عليه عتق رقبة أخرى غير ما ذكر من العتق أولا، وليس كذلك، بل لم يوجبوا عليه إلا صوم شهرين متتابعين.

وكان الشيخ أبو محمد لا يوجب في ذلك كفارة ظِهَار، وتبعه في ذلك جماعة، وحكى ابن عتاب عن بعضهم إيجابها، واستشكل ابن زرقون وغيره إيجابها؛ لأن يمين الظهار غير معهودة ولا متعارفة.

وكذلك قال ابن راشد: وفي كفارة الظهار نظر؛ لأنَّها إنَّما لزمت في الظهار لكونه أتى بلفظ الظهار، وهو منكر من القول وزور، وهذا اللَّفظ بعينه لم ينطق به، وقال: وإن كان مرادهم أنَّ هذا اللَّفظ استعمل مكان كل لفظ من ألفاظ الأيمان، فيلزمه أن يعتزل زوجته حتى يكفر، ولا تلزمه الكفارة حتى يعزم على العودة.

قوله: (إن كان مُعتاد اليمين بها)؛ أي: الحلف، قاله ابن بشير، وينبغي في غير الصوم أيضًا أنَّه لا يلزم إلا بالعادة، ولهذا قال ابن عبد السلام: ينبغي للمفتي أن ينظر إلى عرف زمانه وبلده.

ابن راشد: وهذا إشكال أوجب توفيقي عن الفتوى في هذه المسألة، ولا سيما إذا

سألني من لا يفهم ما يراد بها، وسمعت عن بعض المفتين أنه إذا جاءه من لم يعرف مدلول هذا اليمين، فيقول له: لا يلزمك شيء، وكان غيره يقول: إذا سمعت غيرك يحلف بها ما الذي يسبق لذهنك فيها؟ فيقول لهم: إنه يلزمه الطلاق الثلاث، فيقول له: طلِّق امرأتك بالثلاث، وهذا الطريق عندي أنسب، وهذا ظاهر.

وقد ذكر القرافي فيه قاعدة؛ وهي: أن الحكم المرتب على العرف والعادة يتغير بتغيُّر العرف والعادة، عندنا بمصر الحلف بالطلاق واليمين بالله والعتق دون سواهما، وأكثرهم لا يعرف الظِّهار.

المتيطي: قال ابن عتاب: ويلزم الحالف بهذه اليمين الأدب، قال أبو الأصْبَغ: وهو صحيح. وقد ذكر ابن حبيب: أن هشام بن عبد الملك كتب أن يضرب من حلف بطلاق أو عتاق عشرة أسواط، واستحسن ذلك مالك، وكذلك الحالف بالمشي إلى بيت الله، من تكرَّر حلفه بذلك وعرف به، كان جرحة في شهادته ولو بر.

(ص): **(وإذا كرَّر الأيمان بغير الطلاق على شيء واحدٍ لم تتعدَّد، ولو قصد التكرار على المشهور ما لم يَنْوِ كفَّارات أو يقل: عليَّ عشرُ كفَّارات أو عُهُود أو نُذُور ونحوه، فعدَّد ما ذكر، وقيل: إنِ اتَّحد المعنى فتأكيد؛ مثل: والله، والسميع، والعليم، وإن اختلف المعنى تكرَّر اللُّزوم، واختاره ابنُ بشير مثل: والعلم، والقُدْرَة، والإرادة)**

(ش): حاصله: إن نوى التأكيد لم يلزمه إلا كفارة واحدة بالاتفاق، وإن نوى كفارات متعدِّدة، لَزِمَه ذلك اتفاقًا، وإن قصد الإنشاء، ولم يقصد كفارات، فالمشهور: أنَّها لا تتعدد، ولو كان في مجلسين، رواه ابن القاسم عن مالك، وكذلك قال ابن الموَّاز[1].

وظاهر قوله: (وإذا كرَّر اليمين **على شيء واحد** لم تتكرَّر)، وإن قصد **التكرار على** المشهور: أنَّه لا فرق أن يكون المحلوف به اسمًا من أسماء الله تعالى، أو صفة من صفاته، وهو صحيح، وإن كان أكثر الشيوخ لم يحفظ قولا بتكرير الكفارة في الأسماء،

---

(١) ابن يونس: لو قال: والله لا أكلمك غدا ثم قال: والله لا أكلمك غدا ثم قال: والله لا أكلمك غدا ولا بعد غد، فإن كلمه غدا لزمته كفارتان، ثم إن كلمه بعد غد فلا شيء عليه، ولو لم يكلمه غدا وكلمه بعد غد فإنما عليه كفارة واحدة، ولو كان إنما قال له: والله لا أكلمك غدا ولا بعد غد ثم قال: والله لا أكلمك غدا فكلمه في غد فإنما عليه كفارة واحدة لأنه إنما كرر اليمين في كلامه في غد فهو كما لو كرره فيهما جميعا. التاج والإكليل ٤/٤٨٥.

ففي "الاستذكار " عن مالك فيمن قال: (والله، والرحمن)، عليه كفَّارتان، وإن قال: (والسميع، والعليم، والحكيم..) عليه ثلاث كفارات، قال: وقد تقدَّم قوله: من حلف بالله مرارًا ثُمَّ حَنَث، عليه كفَّارة واحدة، ففرق بين تكرار اسم واحد وبين الأسماء المختلفة، انتهى.

وفي "الْمَوَّازِيَّة": لو قال: (والله ثُمَّ والله) فكفارة واحدة، وكذلك لو قال: (والله والله)، وقال ابن عبد الحكم: تتعدد في الواو مع واو القسم؛ أعني: إذا قال: (والله ووالله ووالله)، وإن قال: (والله والله والله)، فعليه كفارة واحدة. هذا معنى كلامه.

وحكى جماعة في تعدد الكفَّارة بالصفات ثلاثة أقوال: المشهور كما ذكر المُصَنِّف عدم التكرار. والتكرار حكاه ابن يونس عن بعض المتأخرين، وتأوله بعضهم على "الْمُدَوَّنَة[1]"، والصحيح عندهم تأويلها الأول، والثالث الفرق، فإن كانت الصفة الثانية هي الأولى في المعنى لم تتعدد، كمن حلف بالعزة والجلال والعظمة؛ لأنَّ ذلك يرجع إلى صفة واحدة؛ وهي القدرة، وكمن حلف بغضب الله ورضاه، وسخطه ورحمته؛ لأنَّ ذلك يرجع إلى الإرادة، وإن كانت الصفة الثانية غير الأولى تعدَّدت؛ كالعلم والقدرة.

ونسب هذا القول صاحب " التنبيهات " لجماعة المتأخرين، ونسبه صاحب "البَيَان" للتُّونسيّ، قال: ويلزم عليه إذا قال: والعالم والقادر والمريد، أن يكون عليه ثلاث كفارات؛ لتضمُّن كل اسم منها صفة تخالف ما يفيده الآخر، ورأى بعضهم هذا الخلاف إنمَّا هو في هذا الوجه، لا فيما إن كانت الصفات راجعة إلى معنى واحد، فقوله: (وإن قصد التَّكرار على المشهور) ظاهر مما ذكرناه، ورأى مقابل المشهور: أنه لا فرق بين أن يقصد تعدد الكفارة، أو ما هو مستلزم لتعددها. ابن عبد السلام: وهو الأقرب.

وقوله: (لم يَنْوِ كفَّارتٍ أو يقل: على عشر كفَّارات) ظاهر متَّفق عليه، وقوله: (وقيل: إنِ اتَّحد المعنى فتأكيد)؛ مثل: (والله والسميع والعليم)، وهو قول المتأخرين والتُّونُسِيّ كما تقدَّم.

وما نسبه المُصَنِّف لاختيار ابن بشير هو اختيار أبي عمران وابن يونس، فإن قلت: فما الفرق بين المشهور من أن اليمين بالله لا تكرر فيها الكفارة، وبين المشهور في

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٠.

الطلاق؟ فإن المشهور فيه الحمل على التأسيس، إلا أن ينوي التأكيد، قيل: لأنَّ المحلوف به هنا شيء واحد يستحيل التَّعدُّد عليه بخلاف الالتزامات، ولذلك قيل بعد التكرار في الظِّهار؛ لأنَّ مدلول الظِّهار الثاني تحريم المرأة، وقد حصل بالظهار الأول.

فرعان

الأول: إذا كرَّر اليمين لا على ما حلف عليه أوَّلا، ولكن على ما هو مستلزم له، ففي "العُتْبِيَّة " عن مالك فيمن حلف لأفعلن كذا، فقيل له: إنك ستحنث، فقال: لا والله لا أحنث، إن حنث عليه كفارتان، وقال ابن القاسم في "المبسوط": ليس عليه إلا كفارة واحدة.

عياض: وقول مالك أولى؛ لأنَّ مقصود اليمين الأولى على فعل شيء، والثانية على فعل شيء غيره، وهو الحنث، فتأمَّله.

الثاني: إذا قال: عليَّ أربع أيمان، ففي "العُتْبِيَّة " عليه أربع كفارات.

أبو محمد: وأعرف أن ابن الموَّاز قال: عليه كفارة واحدة إلا أن تكون له نيَّة.

(ص): **(والاستثناء بمشيئة الله لا ينفع في غير اليمين بالله على مُستقبل)**

(ش): المراد بالمشيئة: أن يقول: لا أفعل كذا إن شاء الله، فإن فعل فلا كفارة عليه، وحكى في "الاستذكار " الإجماع على إسقاط الكفَّارة به إذا كان متَّصلا، واختصَّ الاستثناء بالمشيئة بالمستقبل؛ لأنَّ الماضي إما لغو، وإما غموس، ولا تعلَّق للكفارة بواحد منهما، ولا خلاف عندنا أن الاستثناء بالمشيئة في غير اليمين بالله تعالى لا يفيد.نعم؛ في حكم اليمين بالله تعالى النذر المبهم[1].

فَرْعٌ:

ابن راشد: وهل يقوم مقام الاستثناء (إلا أن يشاء الله) في إسقاط الكفَّارة ما إذا قال: (إلا أن يقضي الله أو يريد الله؟)، قال ابن القاسم في "العُتْبِيَّة": من حلف على أمر

---

(١) أجمعوا أن الاستثناء جائز في اليمين بالله واختلفوا في غيرها كما أجمعوا أن اللغو في اليمين بالله واختلفوا فيمن لم يصل استثناؤه يمينه وقال الشافعي له الاستثناء إذا كان قوله إن شاء الله موصولا بكلامه والوصل أن يكون كلامه نسقا وإن كان بينهما سكتة كسكتة الرجل للتذكر أو النفس أو القيء أو انقطاع الصوت فهو استثناء وهو أن يأخذ في الكلام ليس من اليمين أو سكت السكوت الذي يبين به أنه قطع كلامه قال أبو عمر على نحو هذا مذهب مالك وأصحابه وجمهور الفقهاء. الاستذكار ١٩٣/٥.

ليفعلنه، إلا أن يقضي الله أو يريد الله، ليس بثنيا، وقال عيسى: هو ثنيا.

قال في "البَيَان": وهو القياس والنظر الصحيح؛ لأن قضاء الله ومشيئته وقدرته هي إرادته، فلا فرق بين الجميع.

ووجه قول ابن القاسم: أن الحالف بالله ألا يفعل فعلا أو ليفعلنه قد علم أنه لا يفعله، ولا يترك فعله إلا بقضاء الله وقدرته، وعلى هذا انعقدت يمينه، وهي نيته وإرادته إن كان من أهل السنة، فكان الأصل ألا ينفعه الاستثناء؛ إذ لا زيادة فيه على ما نواه.

خرج من ذلك الاستثناء بالمشيئة بالسنة والإجماع، فبقي ما عداه على الأصل.

ورأى أَصْبَغ أنَّ قوله: (إلا أن يقضي الله) ثنيا، بخلاف (إلا أن يريد الله) أو يرى غير ذلك، قال: ولا وجه له.

القرافي: وينبغي أن يبنى الخلاف هنا على الخلاف في الأسباب الشرعية، هل يقاس عليها إذا عقل معناها أم لا؟ كما قيل في قياس النبش على السرقة، واللواط على الزنى.

(ص): (وأما الاستثناء بـ (إلا) ونحوها، فمُعتبر بشرطه في الجميع، وشرطه في الجميع الاتِّصال من غير قطع اختيارًا، وإن طرأ قصده بعد تمامه إذا لم يكن فصل على المنصوص، ولا تُفيد نيَّة الاستثناء إلا بتلفُّظِهِ، ولو كان سرًّا بحركة لسانه، ولا بتلفظه سهوًا، أو تبرُّكًا حتى يَنْوِيَه)

(ش): أي: وأما الاستثناء بـ (إلا) وسائر أدوات الاستثناء المذكورة في علم العربية، فتنفع في الجميع بشرطه، ثُمَّ فسر شرطه، فقال: (وشرطه في الجميع... إلخ).

ابن عبد السلام: ومراده بالجميع: جميع أدوات الاستثناء.

خليل: ويحتمل جميع الأيمان، وحاصل ما ذكره ثلاثة شروط أو شرط مركب من ثلاثة أجزاء:

الأوَّل: أن يكون متَّصِلا من غير قطع اختيارًا، واحترز بالاختيار ممَّا لو انقطع بسعال ونحوه، فإنَّه لا يضر.

قوله: (ولو طَرَأَ)؛ يعني: أنَّه لا يشترط فيه أن ينوي قبل الفراغ من اليمين، بل لو طرأ قصده **بعد** تمام اليمين، واتَّصل نفعه على المنصوص.

ومقابله لابن الموَّاز اشترط أن يكون منويًّا قبل تمام الحلف، ولو بحرف.

والمشهور أظهر، فإن الاستثناء إما حل لليمين كما ذهب إليه ابن الماجشون، وإما

رفع للكفاءة كما ذهب إليه ابن القاسم، وقيل: لا حل ولا رفع.

وزاد في "البَيَان " ثالثًا: أن الاستثناء من العدد لا بد أن يعقد عليه يمينه بالنِّيَّة، ولا يجوز أن يستدركه، وإن وصله بيمينه أو قبل آخر حرف من كلامه.

الشرط الثاني: أن يكون الاستثناء ملفوظًا به، فلا تكفي فيه النِّيَّة وحدها، ولا يشترط في النطق الجهر، ولذلك قال: (ولو سرًّا بحركة لسانه)، واعلم أنَّ الاستثناء على ضربين:

أحدهما: إخراج بعض ما اقتضاه اللَّفظ، وهو الاستثناء بإلا وأخواتها.

قال في "البَيَان": والمشهور فيه: أنَّه لا بد من حركة اللِّسان، وروى أشهب أن النِّيَّة تجزئ، وخصَّص صاحب " الجواهر " هذا الخلاف بما إذا كانت اليمين لا يقضى فيها بالحنث أو كانت ممَّا يقضى فيها، ولم تقم عليه بينة، وأما إن كانت ممَّا يقضى فيها بالحنث، وقامت عليه بينة، فالحكم بما قالته البينة.

وثانيهما: استثناء يخرج به جميع الجملة في بعض الأحوال؛ كقولك: والله لأعطين القرشيين ثلاثة دراهم إن كان كذا، أو إلا أن يكون.

قال في "البَيَان": فهذا لا بد فيه من تحريك اللِّسان قولا واحدًا، وكذلك حكى ابن الموَّاز الاتفاق على اشتراط اللَّفظ إذا كان الاستثناء بـ (إن) أو (إلا أن).

وقوله: (ولو سرًا بحركة لسانه) لا إشكال فيه إن، كانت اليمين متبرعًا بها، وأما إن كانت في حق واجب، فقال ابن القاسم في "العُتْبِيَّة": إذا حرَّك لسانه بالثنيا، فله ثنياه، وإن لم يعلم بذلك مستحلفه.

قال: وليس عليه أن يعلم مستحلفه، وأنكر ذلك سحنون، وقال: لا ثنيا له وإن حرَّك لسانه؛ لأنَّ اليمين على نيَّة المستحلف، ونحوه عن أَصْبَغ وغيره، وهذه المسألة مبنيَّة على أن اليمين على نية الحالف والمستحلف، وسيأتي ذلك.

الشرط الثالث: أن يكون منويًا، فلو تلفَّظ به سهوًا لم يفد، وقوله: (حتَّى ينويه)؛ أي: حتى ينوي الاستثناء بما تلفَّظ به،فلذلك لو نوى التبرُّك، لم يفد شيئًا.

(ص): **(وجاء في (الحلال علي حرام)، ونوى إخراج الزوجة ثالثها: إن قصد الخصوص أفاد، وإلا فلا)**

(ش): اعلم أن هاهنا حقيقتين:

الأولى: الاستثناء بالنِّيَّة؛ وهو: أن يقصد بلفظه أوَّلا العموم، ثم يخرج منه شيئًا

بـ(إلا) أو إحدى أخواتها، وقد تقدَّم ذكره، وذكرنا ما فيه من الخلاف: هل يكتفي فيه بالنِّيَّة، أو لا بد من اللَّفظ[١]؟

الثانية: المحاشاة: وهي أن يعزل في أصل عقد بيمينه شيئًا. قاله في "الجواهر".

وحكى اللَّخْمِيّ، وصاحب " الذخيرة": أنه لم يختلف أن المحاشاة تكفي فيها النِّيَّة.

ونقل ابن العربي في "أحكامه " عن أشهب: أنه لا تكون المحاشاة إلا بقلبه ولفظه، كما دخلت في لفظه، قال: والصحيح الأول.

وكان شيخنا رحمه الله يزيد هنا حقيقة ثالثة؛ وهي: التخصيص بالنِّيَّة، ويذكر في إفادتها للخلاف قولين، وهي كالاستثناء في كونه قصد أوَّلا بلفظه العموم، غير أن الاستثناء أخرج فيه البعض بأحد أدوات الاستثناء، وفي التخصيص بإخراج البعض بغيرها، إذا تقرَّر هذا فاختلف في القائل: الحلال علي الحرام..، ونوى إخراج الزوجة، ولذلك صورتان:

إحداهما: أن يقصد أولا بلفظه العموم، ثم يخرج الزوجة.

الثانية: أن يقصد ابتداء الخصوص.

وحكى المُصَنِّف في الصورتين ثلاثة أقوال:

الأول: يفيده - وهو المشهور -.

وقول ابن القاسم ومقابله. نقله أشهب ولم يُعْزِه.

الثالث: إن قصد أوَّلا الخصوص أفاد، وإن قصد العموم لم يفد.

---

(١) قال الأجهوري: والحاصل أنه في المحاشاة لا بد أن تسبق النية لفظه بالحلف، وأما في الاستثناء فتنفعه النية الوالية لتمام الحلف، ولو حكما؛ لأنه لا يضر الفصل الاضطراري، ولعل وجه الفرق بين الاستثناء والمحاشاة أن الاستثناء لا بد فيه من التلفظ، وأما المحاشاة فلا تحتاج إلى التلفظ بما نوى إخراجه، فلذا اشترط تقدم نية إخراجه قبل التلفظ باليمين، فإذا قال الحلال عليه حرام بعد إخراج الزوجة من الحلال بنيته لم تطلق عليه وتفيده نيته. ولو قامت عليه بينة بالحلف بالحلال عليه حرام وفعل المحلوف عليه لكن يحلف على ما ادعاه من المحاشاة، وإنما لم يشترط التلفظ بما حاشاه وأخرجه؛ لأنه لما أخرجه ابتداء لم يدخل في لفظ الحلال حتى يحتاج إلى إخراجه. والحاصل أن المحاشاة تخالف الاستثناء في أمرين. أحدهما: اشتراط التلفظ بالمستثنى في الاستثناء في نحو قولك: قام القوم إلا زيدا بخلاف المحاشاة. والثاني: عدم اشتراط نية إخراجه قبل التلفظ بالمستثنى منه. الفواكه الدواني ٩١٢/٢.

ونسب ابن عبد السلام الثاني لابن مسلمة، والثالث لأشهب.

وحاصل هذا القول التَّفرقة؛ فيفيد في المحاشاة، ولا يفيد في الاستثناء. وقد علمت أن المشهور في المحاشاة والاستثناء متعاكس؛ لأنَّه قد تقدَّم أنَّ المشهور في الاستثناء أنَّه لا يفيد بمجرد النِّيَّة، والمشهور هنا على ما ذكره الباجي أنه يفيد.

واعلم أنَّ هذه المسألة إنَّما أتى بها الأشياخ على أنها من باب المحاشاة، ألا ترى إلى قول الباجي المشهور أنه يفيد، ولو كان من باب الاستثناء، لم يكن المشهور الإفادة.

وزاد ابن يونس ثالثًا في المحاشاة: يحنث المستحلف دون المتبرع. وإذا تقرَّر لك أن كلام المُصَنِّف شامل لصورتي المحاشاة والاستثناء، وأن المشهور فيهما متعاكس، علمت أن قول ابن عبد السلام: (المشهور أنه يفيد) ليس بظاهر؛ لأنَّه يقتضي أن المشهور الإفادة في الصورتين.

اللَّخْمِيّ: واختلف أيضًا إذا قال: (كل الحلال علي حرام)، فقال مالك: يدخل فيه زوجته إلا أن يحاشيها بقلبه، وقال أشهب: لا تنفعه المحاشاة بالنِّيَّة، إلا أن يحاشيها بلسانه، ونقل الباجي وغيره عن أشهب صحة المحاشاة بالنِّيَّة إذا لم يأت بلفظة (كل).

الباجي: ولا فرق بين زيادة لفظة (كل) وترك زيادتها؛ لأن قوله: (الحلال عليَّ حرام) عموم، ومن قال: ليس للعموم لفظ موضوع، ينبغي أن تكون لفظة (كل) تقتضي العموم، فإما إن يكون أشهب ينفي العموم في الألف واللام التي للجنس، ويثبته في (كل)، وإما أن يثبت العموم فيهما، ويجعل للقاصد قرينة تمنع الاستثناء بالنِّيَّة دون اللَّفظ.

وعلى هذا يصح أن يجري قوله في الأيمان اللازمة، إذا ثبتت فيها لفظة (كل)، أو عريت عنها، انتهى.

وعلى هذا فالخلاف جارٍ؛ سواء أتى بلفظه (كل) أم لا، ونقل ابن عبد السلام عن بعض الموثِّقين أنَّه لا يرى أن الخلاف حاصل مع الإتيان بلفظة (كل).

فَرْعٌ:

وإذا قبلنا قوله في المحاشاة، فيقبل وإن قامت عليه بيِّنة، قال الشيخ أبو بكر: يحلف، وقيل: لا يمين عليه، وأما إن استحلف، فقال مالك في "الْمَوَّازِيَّة": لا تنفعه نيته، سواء استحلفه الطالب، أو ضيق عليه حتى يحلف، أو خاف ألا يتخلَّص

إلا باليمين.

وقال مطرف عن مالك: يصدق في المحاشاة، وإن استحلف؛ لاختلاف الناس في الحرام، وإن كانت اليمين بغير الحرام، لم تنفعه النِّيَّة، واليمين على نيَّة المستحلف.

واستشكل ابن راشد القول بلزوم الطلاق مع دعواه المحاشاة، قال: كيف يلزم بطلاق زوجته وهو لم يُرِدْها، قال: والذي عندي وسمعته من شيخي القرافي: أن الخلاف إنَّما هو في نِيَّة لفظ المحاشاة، انتهى.

أي: في نِيَّة لفظ (حاشا)، هكذا أشار إليه في آخر كلامه، وفيه نظر.

(ص): **(ومن حلف لا حَدَّثَ إلا فلانًا، ونوى وفلانًا مثلُها)**

(ش): ظاهره: أنه تأتي فيه الثلاثة الأقوال، والقول الثالث يمكن إثباته هنا بأن الفرق بين أن يكون العطف منويًّا من أوَّل الكلام أم لا.

وقول ابن عبد السلام: الثالث **لا** يأتي هنا؛ لأنَّ الفرض أن الحالف لم يرد الخصوص في ابتداء يمينه، وإنَّما عوَّل بالإخراج بـ (إلا) في نيَّتِه، ليس بظاهر؛ لأنَّ المخرج بـ (إلا) ليس فيه كلام، إنَّما الكلام في المعطوف عليه، وكذلك قال ابن هارون: إن الثلاثة يمكن إتيانها هنا، وظاهر كلامه: أن الثلاثة المتقدِّمة منصوصة هنا، والمنصوص هنا لابن الموَّاز أن نيَّته تنفعه في الطلاق والعتاق، إلا أن تكون على يمينه بيِّنَة.

(وفي الكفَّارة قبل الحِنْثِ ثالثها: إن كان على حنثٍ جَازَ)

(ش): المشهور: أنها تجوز قبل الحنث، لكن استحبَّ مالك في "الْمُدَوَّنَة[١]" كونها بعده، والقول بعدم الإجزاء لمالك، وتأوَّله بعضهم على الاستحباب، ولا يؤخذ من كلام المُصَنِّف أن هذا القائل يرى عدم الإجزاء؛ لأنَّ كلامه إنَّما هو في الجواز.

والثالث حكاه ابن بشير ولم يُعْزِه، ونسبه ابن عبد السلام لابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة"، وفيه نظر[٢].

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦١.

(٢) وقدم الحنث قبل الكفارة في حديث عدي بن حاتم وأبي الدرداء وعائشة وعبد الله بن عمرو وأنس وعبد الرحمن بن سمرة وأبي موسى كل هؤلاء رووا عن النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحديث فقالوا فيه ((فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه بتبدية الحنث قبل الكفارة))

وفي حديث أبي هريرة وأم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث تبدية الكفارة =

والـذي نقلـه ابـن يـونس عـن ابـن القاسـم فـي "الْمَوَّازِيَّة " إنَّمـا يـرجع إلـى الإجـزاء مطلقًا.

وحكـى فـي "الكافـي "رابعًـا: لا يجـزئ تقـديم الـصوم؛ لأنَّ عمـل الـبدن لا يقـدم، ويجزئه في غيره.

وقد تجاذب المجيز والمانع قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَنْ حَلَفَ يَمِينًا فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَلْيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ، وَلْيَفْعَلِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ"(١)، هكذا رواه مالك.

وروي بـ (ثُمَّ) مع تقديمه (فليكفِّر) ومع تأخيره.

قال في "الاستذكار": وأكثر الأحاديث حديث عائشة رضي الله عنها، وأبي الدرداء، وعدي بن حاتم، وابن عمر، وأنس، وأبي موسى، وعبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنهم، قالوا فيه: "فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، ثُمَّ يُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ " بتبدية الحِنْث. انتهى.

وقال أبو داود: الأحاديث كلها: "ولْيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ"، وإلا ما لا يعبأ به، وتجاذبوا قـوله تعالـى: ﴿وَلَكِـنْ يُـؤَاخِذُكُمْ بِمَـا عَقَّـدْتُمُ الأيْمَـانَ فَكَفَّارَتُـهُ﴾ [المائـدة:٨٩]، ومعـناه: فكفَّارة ذلك العقد، وظاهره: أن ذلك تمام السبب، ومن منع تمسك بالمضمر اتفاقًا بعد قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]؛ أي: فحنثتم، فإذًا لا بد في سبب الكفارة من اجتماع الحلف والحنث.

ابن بشير: بعد ذكر الثَّلاثة الَّتي ذكرها المُصَنِّف.

والرابع: أنَّه إن كانت الثانية يمينه بالله تعالى وما في معناه، فله ذلك، وإن كانت بغيره، فليس له ذلك، قال: وإن حلف على ما فعل - يعني له ولم يؤجله -، فلا يتبيَّن

=

قبل الحنث كما رواه مالك.

وأما اختلاف الفقهاء في هذه المسألة فقال مالك والشافعي والليث بن سعد والأوزاعي وعبد الله بن المبارك وسفيان الثوري وأحمد وإسحاق لا بأس أن يكفر قبل الحنث.

وقال مالك والشافعي والثوري ولو حنث ثم كفر كان أحب إلينا.

قال أبو عمر روي جواز الكفارة قبل الحنث عن ابن عمر وسلمان ومسلمة بن مخلد وأبي الدرداء وابن سيرين وجابر بن زيد.

قال أبو حنيفة وأصحابه لا تجزئ الكفارة قبل الحنث.

روي عن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - أنهما كانا يرغبا أنفسهما فيما هو خير ثم يكفران. الاستذكار ١٩٦/٥.

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٠٣٤).

حنثه إذا كان على حنث إلا بموته، وأما إن حلف على فعل غيره، أو ما يرجع إلى فعل غيره، ففيه قولان: أحدهما: أنه كالأول. والثاني: أن له أن يحنث نفسه وتفيده الكفَّارة؛ لأنَّ هذا معرض للحنث بموت المعلق به اليمين، فإن ضرب أجلا، فإن مر الأجل، فقد وجب الحنث، وإن لم يمر، فهل له تقديم الكفَّارة؟ ثلاثة أقوال:

أحدها: أن له ذلك؛ أخذًا بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "فليكفر عن يمينه"، ويقيس سائر الأيمان على اليمين بالله تعالى.

والثاني: ليس له ذلك؛ لأنَّه في الأجل على بر.

والثالث: الفرق بين اليمين بالله تعالى فيقدم، وبين غيرها فلا يقدم، انتهى.

والظاهر: أن المُصَنِّف إنَّما تكلَّم على اليمين بالله تعالى فقط.

(ص): **(والبِرُّ: لا فَعَلْتُ، وإن فَعَلْتُ. والحِنْث: لأفعلنَّ، وإن لم أفعل)**

(ش): لما ذكر البر والحنث في القول الثالث، وكان كثير من أحكام الأيمان يتوقف على معرفتهما، أشار إلى صيغهما، فذكر أن للبر صيغتين: لا فعلت، وإن فعلت. وللحنث صيغتين: لأفعلن، وإن لم أفعل.

وذكر المُصَنِّف صيغهما ولم يذكر حقيقتهما؛ لأنَّ ذكر الصيغة تؤخذ منه الحقيقة.

فإنَّه إذا كان صيغة البر: لا فعلت، وإن فعلت، علم أن البر هو أن يكون الحالف بإثر حلفه موافقًا لما كان عليه من البراءة الأصلية، وكذلك يعلم من صيغة الحنث أن الحنث أن يكون الحالف بحلفه مخالفًا لما كان عليه من البراءة الأصلية، ولا إشكال أن في صيغة الحنث حرف شرط، كقوله: (والله إن لم أتزوج لا أقيم في هذه البلدة)، وأما (إن) في صيغة البر؛ فنص ابن عبد السلام على أنَّها حرف نفي؛ كقوله: (والله إن كلمت فلانًا) معناه: والله لا أكلم فلانًا؛ لأنَّ (كلم) هنا وإن كان ماضيًا، فمعناه: الاستقبال؛ إذ الكفارة لا تتعلق إلا بالمستقبل، فإن قلت: فما صرف الماضي هنا إلى الاستقبال؟ قيل: الإنشاء؛ إذ الحلف إنشاء، وقد ذكره النَّحويُّون من صوارف الماضي إلى الاستقبال.

وقول ابن عبد السلام: أن (إن) في صيغة البر هنا للنفي إن أراد به: إذا لم يكن هناك جزاء فمسلم، وإلا فهي مع الجزاء شرط؛ كقولك: والله إن كلَّمت فلانًا لأعطينَّك مائة، أو والله إن دخلت الدار فلا أكلمك، أو نحو ذلك.

(ص): **(ومن ضرب أجلا فعلى برٍّ إليه)**

(ش): يعني: في (باب البر والحنث)؛ كقولك: (والله لأضربن فلانًا بعد شهر)؛ لأنَّه

لما كان له ترك الفعل إلى ذلك الأجل، كان كالحالف على النفي[١].

(ص): (وفيها: ولو كَفَّرَ قبل الحنث أجزأ، كمن حلف بعتق رقبة غير مُعيَّنة ولا يطأ، فأعتق لإسقاط الإيلاء، فقال مالك: يُجزئه، وأحب إليَّ بعد الحنث، قال محمد: وقال أيضًا: لا يُجزئه إلا في مُعيَّنة)

(ش): أتى بهذا بيانًا للمشهور من الأقوال السابقة، وما نقله من التشبيه نحوه في ظاهر "الْمُدَوَّنَة[٢]"، قال: وإن كفَّر قبل حنثه أجزأه، كمن حلف بعتق رقبة ألا يطأ امرأته، فأخبر أن الإيلاء عليه، فأعتق إرادة لإسقاط الإيلاء، فقال مالك: أحبُّ إليَّ أنَّ يعتق بعد الحنث، ولو أعتق قبله أجزأه، ولا إيلاء عليه.

عياض وابن عبد السلام: والمشهور المعروف في (كتاب الإيلاء): أنَّه لا يجزئه في غير المعين، بخلاف اليمين بالله تعالى؛ لأنَّ الإجزاء في اليمين بالله تعالى، إما لظاهر الآية، أو الحديث، أو لجريان سبب الكفارة، وهو عقد اليمين، وإما لالتزامات؛ كقوله: إن وطئتُكِ فعلي عتق رقبة، أو صوم شهر، أو صدقة دينار.

فلم يأتِ فيها من الرخصة ما في اليمين بالله تعالى، ولا جرى سبب وجوبها، وإنَّما هي التزامات موقوفة على شروط، فلا تجب إلا بعد حصول تلك الشروط.

ونص ما في (الإيلاء): ويكتب إلى الغائب، وإن كان ببلده مسيرة شهر أو شهرين، فيوقف أيضًا في موضعه، فإما عجل الكفارة، أو إيقاع ما ذكرنا من المعينات من عتق، أو طلاق، أو صدقة، وإلا طلِّق على كل واحد، انتهى.

والقولان أيضًا لمالك في "الْمَوَّازِيَّة".

ابن عبد السلام: وظاهر كلام الجمهور: أن الخلاف المذكور في مسألة الإيلاء

---

(١) ومن ضرب أجلا فعلى بر إليه. وقال ابن يونس: من حنث كان على بر، ومن بر كان على حنث. ومن المدونة: من حلف بطلاق أو عتق أو بالله ليضربن فلانا أو ليقتلنه، فإن ضرب أجلا فهو على بر، وإنما يحنث إذا حل الأجل ولم يفعل وإن لم يضرب أجلا فهو على حنث وليكفر أو يطلق عليه الإمام أو يعتق إن رفع ذلك إليه بالقضاء، وإن اجتزأ ففعل ذلك قبل النظر فيه زالت عنه أيمانه.

وإن قال لامرأته: أنت طالق واحدة إن لم أتزوج عليك فأراد أن لا يتزوج عليها فيطلقها طلقة ثم يرتجعها فتزول عنه يمينه، ولو ضرب أجلا كان على بر وليس عليه أن يحنث نفسه قبل الأجل وإنما يحنث إذا مضى الأجل ولم يفعل ما حلف عليه. التاج والإكليل ٤/٤٥٣.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٦١.

حاصل حقيقة، وقال الشيخ أبو محمد: إن الخلاف فيها إنَّما هو فيما بين المرأة وزوجها؛ لأنَّها تقول: لعل هذه الرقبة معتقة عن كفارة أخرى، وأما فيما بينه وبين الله، فقد برئت ذمَّته، فعلى هذا لو صدقته المرأة أنَّها على الإيلاء، لما لزمه شيء إذا وطئها بعد ذلك، والجمهور على حصول الخلاف ظاهرًا وباطنًا كما قلنا، انتهى.

قوله: (وقال أيضًا: لا يُجزئُهُ إلا في معيَّنة) هذا أيضًا موافق لما في (كتاب الإيلاء)، ولا خلاف في الإجزاء في المعينة، وهذا كله إذا كانت يمينه على بر، وأما إن كانت على حنث؛ كقوله: عليَّ عتق رقبة لأفعلن كذا.

ابن عبد السلام: المشهور في المذهب: أن له تقديم العتق، وأنَّ له أن يحنث نفسه متى شاء، كانت الرقبة معيَّنة أم لا.

(ص): (ولا تجب إلا بالحنث طَوْعًا)

(ش): أما أنَّها لا تجب إلا بالحنث طوعًا، فمتَّفق عليه وظاهر، وتقييده بالطوع يقتضي أنَّه لا يحنث بالإكراه مطلقًا، وهو قول في المذهب، والمشهور: أن الحالف إن كانت يمينه على حنث، يحنث بالإكراه، ففي "البَيَان": من حلف ألا يفعل فعلا فأكره على فعله، فلا يحنث بلا اختلاف، وإنَّما اختلف إذا حلف ليفعلن فعلا فمنع من فعله، وحيل بينه وبينه، المشهور أنه حانث، إلا أن يكون نوى إلا أن يغلب، وقال ابن كنانة: لا حنث عليه. انتهى.

واستشكل المشهور غير واحد من الشيوخ، قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": ومن حلف ليأكلن هذا الطعام أو ليلبسن هذه الثياب، أو يركب هذه الدابة، أو يضرب عبده غدًا، فماتت الدابة أو العبد، وسرقت الثياب والطعام قبل غد، فلا حنث عليه بالموت؛ لأنَّه كان على بر بالتأجيل، ويحنث بالسرقة، إلا أن يكون نوى أن تسرق، وقوله: لأنَّه كان على بر.

هذه العلة يشترك فيها جميع المسائل التي ذكرها، وإنَّما يريد: لأنَّه كان على بر، ولم ينسب إليه تفريط بخلاف السرقة، فإنَّه ينسب إليه تفريط، كما قال صاحب " تهذيب الطالب " وغيره: لأنَّ الفعل في السرقة والغصب ممكن، وإنَّما منعه السارق والغاصب، وقال أشهب: لا يحنث في السرقة ونحوها.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٣.

(ص): (وهي على التخيير: إطعام عشرة مساكين أحرار مُسلمين مُدًّا مُدًّا، وقال أشهب: وثلثًا، وقال ابن وهب: ونصفًا، أو كسوتهم، أو تحرير رقبة، ثم صيام ثلاثة أيَّام مُرتَّبة بعدها، وتتابعها مُستحبٌّ، والطعام كالفطر)

(ش): ما ذكره من التخيير في الثلاثة الأول، وترتيب الرابع هو نص الآية الكريمة، واحترز بالأحرار من العبيد، ومن فيه علقة رق، وقال في "الْمُدَوَّنَة[١]": وإن أعطى غنيًّا، ولم يعلم به لم يجزه، وفي "الأسدية": من أعطى من زكاة أو كفارة لغني، ولم يعلم به أجزأه[٢].

واحترز بالمسلمين من الكفَّار، فإنه لا خلاف أنَّهم لا يعطون، ولا خلاف أنَّ المدينة يعطى فيها المد.

مالك في "الْمُدَوَّنَة[٣]": وأمَّا سائر البلاد؛ فإنَّ لهم عيشًا غير عيشنا، فليخرجوا وسطًا من عيشهم، كما قال الله تعالى.

قال ابن القاسم: حيثما أخرج مدًّا بمدِّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجزأه، وظاهر قول مالك: أنَّه لا بد من الزيادة على المد في غير المدينة، كقول ابن وهب وأشهب، إلا أن مالكًا لم يحد الزيادة، وحمل أبو الحسن قول ابن القاسم على أنَّه خلاف لمالك، ولذلك قال اللَّخمِيّ: إن قول مالك أبين منه، وفي "الرسالة " أن المد يجزئ مطلقًا، وكلام المُصَنِّف لا يؤخذ منه أن خلاف أشهب وابن وهب خاص بغير المدينة، بل نقل ابن عبد السلام عنهما أنَّهما يقولان بالزيادة في مصر وما قاربها في سَعة القوت.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٤.

(٢) أنواعها وهي أربعة منها ثلاثة على التخيير وهي العتق والإطعام والكسوة والرابع مرتب بعد العجز عن الثلاثة وهو الصيام وأصل ذلك قوله تعالى ! ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾! [المائدة ٨٩] النوع الأول الإطعام وفي الكتاب يطعم مد قمح لكل مسكين من أوسط عيش ذلك البلد ولا تغربل الحنطة إلا أن تكون مغلوثة قال ابن القاسم ولا يجزئ العوض وإن غذي أو عشي بالخبز والإدام أما الزيت واللحم وهو أجوده أجزأه لأنه اطعام معتاد ويعطي الفطيم من الطعام كما يعطي الكبير لأن الله تعالى وصفه بالوسط فحمل على الوسط جنسا ومقدارا فائدة في التنبيهات المغلوثة بالثاء المثلثة والغين المعجمة والمهملة معا. الذخيرة ٦٢/٤.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٤.

الباجي: وإنَّما يشترط المد إذا رفع إليهم الطعام، وأمَّا إذا أطعموا بإدام، فالمشهور شبعهم لو نقص عن المد.

وقوله: (ثم صيام) هو نص الآية.

قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": ولا يجزئه الصوم وله مال غائب، وليتسلَّف، وإن كان له مال وعليه دين مثله، أجزأه الصوم، ولا يجزئه الصوم إن كان يملك دارًا أو خادمًا، وإن قلَّ ثمنها كالظهار.

أشهب: وقيل: إن كان مجيء الدين قريبًا انتظر، وإن وجد من يسلفه تسلَّف، ولو كفَّر بالصيام ولم ينتظر دينه أجزأه.

التُّونُسِيّ: ولم يبين في "الْمُدَوَّنَة[2]" هل ماله قريب الغيبة أو بعيدها؟ فأما القريب فصواب، وأما البعيد؛ فهو ابن السبيل، يجوز له أخذ الزكاة، فما الذي يمنع أن يكفِّر بالصوم؟ لا سيما إن أمكن أن يذهب ماله، وعند أشهب في البعيد الغيبة أنَّه يُكَفِّر بالصوم، انتهى.

وكذلك حمل اللَّخْمِيّ "الْمُدَوَّنَة[3]" على الإطلاق، وأخذ من قوله في "الْمُدَوَّنَة": (ويتسلَّف) أنَّ الكفارة على الفور.

اللَّخْمِيّ: وأصل ابن القاسم: أنه ينتظر وإن بعد؛ لأنَّه قال في "المظاهر": لا يجزئه الصوم، وإن طال مرضه. وقال أشهب: يجزئه الإطعام إن طال مرضه. فناقض اللَّخْمِيّ ما له هنا بما في (الظهار).

أبو الحسن: وتأوَّل بعض الشيوخ معنى قوله هنا: (فليتسلَّف إن أراد)، فيقوم منه أنَّ الكفَّارة على التَّرَاخي، ويطابق ما في (كِتَاب الظِّهار).

ابن الموَّاز: قال مالك: لا يصوم الحانث حتى لا يجد قوته، أو يكون في بلد لا يعطف عليه فيها، وقال ابن مُزَين عن ابن القاسم: إن كان له فضل عن قوت يوم ما يَطْعَم، أطعم، إلا أن يخاف الجوع وهو في بلد لا يُعْطَف عليه فيها، فليصم، وأستحبُّ التتابع في الصيام؛ لكونه أقرب لبراءة الذِّمَّة.

وقوله: (والطعام كالفطر) أي: وجنس الطعام كجنس زكاة الفطر، وهكذا قال

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٧.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٧.

الباجي، ولم أَرَ أصحابنا يفرقون بين البابين، وظاهر مسائلهم المساواة.

ابن عبد السلام: وتحقيق النقل أن هذا الباب وباب زكاة الفطر متقاربان لا متساويان.

(ص): **(فإن أعطى خبزًا غداءً وعشاءً أجزأه، من غير إدَامٍ على الأصح)**

(ش): إجزاء الغداء والعشاء عليه جمهور العلماء.

وقال الشافعي: لا يجزئ، وهو ظاهر قول يحيى بن يحيى: لا أعرف في هذا غداءً ولا عشاءً.

قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": ولا يجزئ غداءً دون عشاء، ولا عشاء دون غداء، ويطعم الخبز مأدومًا بزيت ونحوه.

وظاهره اشترط الإدام، وكذلك قال ابن عبد السلام: مذهب "الْمُدَوَّنَة[2]" اشترطه، ويحتمل أن يكون على الأولى، فلا يكون مخالفًا لما صححه المُصَنِّف، وعلى عدم المخالفة حمله ابن هارون، وقال بعضهم: ومقدار الخبز رطلان بالبغدادي، وباشتراط الإدام قال ابن حبيب، قال: ولا يجزئه الخبز قفارًا.

اللَّخْمِيّ: وفي "كتاب ابن مزين": يجزئه، والأول أحسن؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩].

عياض: (القفار) - بتقديم القاف وفتحها وتخفيف الفاء -: الذي لا إدام معه.

ابن حبيب: و(الإدام): زيت أو لبن أو لحم أو قطنية أو بقل، وقال ابن عباس: أعلاه اللحم، وأوسطه اللبن، وأدناه الزيت.

والإطعام إما بتمكين كلٍّ بمفرده أو بتمكينهم فيأكلونه.

التُّونُسِيّ: وتكون العشرة يقرب أكل بعضهم من بعض خوفًا أن يكون فيهم من يأكل كثيرًا وآخر يسيرًا، ولأنَّه لا يعطى المريض أو الصبي أو الرضيع إلا قدر ما يأكله الكبير.

(ص): **(ويجوز للصغير الأكل ولا يُنْقَص، وفيمن لم يستغن بالطعام قولان)**

(ش): حاصله: أن الصَّغير على قسمين: إن استغنى بالطعام أعطي، وإن لم يستغنِ

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٦٩.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٠.

به فقولان: مذهب "الْمُدَوَّنَة[١]": أنَّه يعطى، ففي (كتاب الظهار) منها: ويطعم الرضيع من الكفارة إذا كان قد أكل الطعام، ويعطى ما يعطى الكبير، والقول بأنه لا يعطى حكاه ابن بشير، ولم يُعْزِهِ، وللتُّونسيّ نحوه، فإنَّه قال: وأمَّا الرَّضيع؛ فلا يطعم؛ لأنَّه ليس في حد من الطعام له غداء. انتهى[٢].

وحكى بعض المتأخرين قولا بأن الصغير يعطى ما يكفيه خاصة، وإن لم يأكل الطعام، ومفهوم كلام المُصَنِّف أنَّه لا يعطى، وهو مفهوم ما نقلناه عن "الْمُدَوَّنَة[٣]".

وأجاز في "العُتْبِيَّة" إطعام الصغير، وأطلق، لكن قيَّده ابن رشد، فقال: معناه: إذا كانوا قد بلغوا أن يأكلوا الطعام.

قاله ابن القاسم عن مالك في ظاهر "الْمُدَوَّنَة[٤]"، وكلام الباجي يدل على إعطائه، وذلك لأنَّه لما ذكر قول أَصْبَغ: وله أن يعطي الصغير من الطعام المصنوع ما يأكل الكبير.

وذكر تفسير ابن الموَّاز بأنَّه إذا كان فطيمًا، قال: يريد لأنَّه إذا كان يرضع لم يتغذَّ بالطعام المصنوع، ولا يتأتى بيعه في الأغلب، فكان حكمه أن يدفع إليه حنطة يتأتَّى له بيعها، وانتفاعه بها في غير القوت.

(ص): (والكسوة ثوب واحد ساتر للرَّجل، وثوب وخمار للمرأة)

(ش): قال في "الْمُدَوَّنَة[٥]": وإن كسا في الكفَّارة، لم يجزه إلا ما تحل الصلاة فيه؛ ثوبٌ للرجل، ولا تجزئ عمامة وحدها، وللمرأة درع وخمار، وفي معنى الثوب: الإزار الذي يمكن الاشتمال به. قاله ابن حبيب.

فإن لم يمكنه الاتزار به، فقال الباجي: لم أَرَ لأصحابنا نصًّا، والأظهر أنه لا يجزئه،

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٠.

(٢) وفي جعل الصغير كالكبير فيما يعطاه قولان التوضيح القول بأنه كالكبير لمالك رضي الله تعالى عنه في العتبية وابن القاسم ومحمد، والقول باعتبار نفس الصغير لأشهب، وكون طعام الرضيع كالكبير مذهب المدونة ففي كتاب الظهار منها يطعم الرضيع من الكفارة إذا كان قد أكل طعاما ويعطى ما يعطى الكبير ا هـ.

وحكى بعض المتأخرين قولا بأن الصغير يعطى ما يكفيه خاصة. منح الجليل ٢٨٧/٥.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٢.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٣.

(٥) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٣.

وقال غيره: يتخرَّج من إجازة مالك الصلاة بسراويل الإجزاء.

(ص): **(وفي جعل الصغير كالكبير فيما يُعطاه قولان)**

(ش): القول بأنه كالكبير لمالك في "العُتْبِيَّة"، وهو قول ابن القاسم ومحمد، بأنَّه يعتبر الصغير في نفسه. نقله ابن الموَّاز عن أشهب، قال: ويعطى كل من الصغير والصغيرة ثوبًا قدره.

وحكاه صاحب "البَيَان" عن ابن حبيب، وأشار إلى معنى ذلك إذا لم يقصد إلى أصغرهم، لتخف عنه الكفارة، وإنَّما تحرَّى الصواب وقصد الحاجة.

وظاهر ما حكاه اللَّخْمِيّ عن ابن الماجشون في "الواضحة": أن الصبيَّة التي تؤمر بالصلاة تعطى ثوب رجل من غير خمار، وهكذا نقل الباجي عن ابن حبيب صريحًا.

اللَّخْمِيّ: وروى ابن الموَّاز عن ابن القاسم أنَّه لا يعجبه كسوة الرضيع بحال.وكان يقول: من أُمِرَ بالصلاة منهم، فله أن يكسوه قميصًا مما يجزئه.

قال محمد: تفسيره: كسوة رجل.

اللَّخْمِيّ: ومفهوم قول ابن القاسم غير هذا؛ أنَّه يكسوه في نفسه، وهكذا قال الباجي: أنَّ ابن القاسم يريد: إن كان دون كسوة رجل.

تَنْبِيهٌ:

إذا تقرَّر ما ذكرناه، علمت أنَّ النقل اختلف عن ابن حبيب؛ لأنَّ صاحب "البَيَان" نقل عنه غير ما نقله الباجي كما تقدَّم.

(ص): **(ولا يُشترط وسط كسوة الأهل على الأصح)**

(ش): لأنَّ الله تعالى إنَّما شرطه في الإطعام، ولأنَّ الكسوة تتفاوت كثيرًا بخلاف الإطعام.

ابن راشد: والقول بمراعاة ذلك لم أقف عليه، ولعله قاسه على الإطعام، وفيه بعد، انتهى.

وحكاه ابن بشير عن اللَّخْمِيّ، فقال: ورأى اللَّخْمِيّ لزوم الوسط كالإطعام، ولَمْ أَرَ ذلك في "التبصرة"، بل نص فيها على خلاف ذلك.

اللَّخْمِيّ: واختلف في المراد بالأهل في قوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، هل المراد بالأهل: أهل المكفر، أو أهل البلد الذي هو فيه؟

وفي "الْمُدَوَّنَة[1]": يخرج من عيش أهل البلد، وفي "كتاب محمد": من عيش المكفر وهو أحسن؛ لأنَّ إطلاق الأهل على أهله حقيقة، وعلى أهل البلد مجاز، فإن كان يأكل القمح، لم يجزه الشعير، ولو كان ذلك عيش أهل البلد، وإن كان يأكل الشعير أجزأه، وإن كان عيش أهل البلد القمح.

ابن حبيب: إلا أن يكون فعل ذلك مع سعة، ومثله يأكل القمح، فلا يجزئه الشعير، انتهى.

وحكى غيره قول ابن حبيب عن أَصْبَغ، وجعله خلافًا لقول محمد. وإذا أخرج شعيرًا، فليخرج منه مبلغ شبع القمح.

(ص): (والعتق كالظِّهار)

(ش): سيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

(ص): (ولو أطعم وكسا وأعتق عن ثلاث، فإن نوى كُلَّ واحدة عن يمين أجزأ اتِّفاقًا، وإن شرَّك لم يُجزِئْهُ من العتق شيءٌ، لأنَّه لا يتبعَّض، وفي غيره: قولان، وعلى التَّبعيض يبني على ثمانية عشر، وعلى نفيه قال ابن الموَّاز: يبني على ستَّة، وقال اللَّخْمِيّ: يبني على تسعة وهو الصَّحيح)

(ش): يعني: إذا كفر عن ثلاث كفارات بعتق وكسوة وإطعام، فلا خلاف في الإجزاء؛ سواء عين كل كفارة ليمين أو لا.

(وإن شرَّك) أي: جعل العتق عن الثلاث، وكذلك الإطعام والكسوة، فالعتق لا يجزئه اتِّفاقًا لكونه لا يتبعَّض.

واختلف في الإطعام والكسوة، وهو مبنيّ على أنَّه هل يجزئه في الكفارة الواحدة أن يكون بعضها كسوة وبعضها إطعامًا؟

والمشهور: لا يجزئه، وأجازه ابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة".

ومنشأ الخلاف: هل التخيير في الجمل يقتضي التخيير في الأبعاض أم لا؟ ثُمَّ فرَّع المُصَنِّف على كل من القولين: فذكر أنَّه على القول بالتَّبعيض يبني على ثمانية عشر؛ لأنَّه قد ناب كل كفارة ثلاثة وثلث من الإطعام ومثلها من الكسوة، والثلاثة لا تجزئ فتبطل، وكذلك لو قصد التشريك في كل مسكين، لم يصح له شيء اتِّفاقًا، إلا أن يعلم

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٥.

أعيان المساكين، فيزيد كل واحد ثلثي مُد، وإنَّما بنى على ثمانية عشر؛ لأنَّه يصحُّ لكل كفَّارة ستة.

وعلى نفي التَّبعيض، فقال ابن الموَّاز: يبني على ستة: ثلاثة من الإطعام وثلاثة من الكسوة.

وكذا في "النوادر " زاد فيها: ثمَّ يكسو سبعة، ويطعم سبعة، ويكفر عن اليمين الثالثة بما شاء، وقال اللَّخْمِيّ: يبني على تسعة؛ لأنَّه قد تبيَّن أنَّه قد صح له من كل من الإطعام والكسوة تسعة، وما ذكره عن اللَّخْمِيّ هو قول جميع الشيوخ، وقد نَصَّ عليه فضل بن سلمة والتُّونُسِيّ.

خليل: وكان شيخنا رحمه الله يوجه قول ابن الموَّاز بما معناه: إن القاعدة ابن الموَّاز: لا يبتدئ كفَّارة من نوع الأولى قبل أن تكمل الأولى، فيلزم أن يبني على ثلاثة من الإطعام، وثلاثة من الكسوة، وهذا كما قال ابن القاسم: لو صام أربعة أشهر عن ظهارين، ثُمَّ ذكر أنَّه أفطر يومين لا يدري اجتماعهما أو افتراقهما، فإنَّه قال: يصوم يومين ثُمَّ يقضي أربعة أشهر، وعلل صوم اليومين؛ لاحتمال أن يكون اليومان من الكفارة الأخيرة، فلا ينتقل عنها، ويشرع في غيرها حتى يكملها، وكذلك من ذكر سجدة في آخر صلاته، لا يدري من أي ركعة هي، فإنه قال: يسجد الآن؛ لاحتمال أن تكون من الأخيرة، والله أعلم.

(ص): **(والعدد معتبر، فلا يجزئ ما تكرَّر لواحد إلا في كفَّارة ثانية وجبت بعد إخراجها، فلو وجبت قبله فقولان)**

(ش): يعني: أنه يجب في الإطعام والكسوة استيعاب عشرة مساكين، ولذلك لا يجزئه ما تكرر لواحد.

ابن بشير: وهل يكرر الإعطاء لواحد من كفارات؟ أما إن وجبت الكفارة الثانية بعد إعطاء الأولى، فلا خلاف في جوازه، وأما إن وجبت قبله، ففيه قولان: الإجزاء قياسًا على الأولى، وعدم الإجزاء كالكفارة الواحدة.

فحكى الخلاف في عدم الإجزاء، وهو ظاهر كلام المُصَنِّف، ولم أَرَ القول بعدم الإجزاء في غيره، وهو بعيد.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام "الْمُدَوَّنَة[١]" وغيرها أنَّ المنع من ذلك على سبيل الكراهة، وهو أشد ما يمكن، ولهذا قال ابن أبي زيد: إنما كره مالك ذلك؛ لئلا تختلط النِّيَّة في الكفارتين، وأمَّا إن حصلت النِّيَّة في كل كفَّارة، فجائز وصوبه أبو عمران.

(ص): **(فلو أطعم عشرين نصفًا نصفًا كمَّل العشرة منهم وإلا استأنف، وكذلك كفَّارة الظِّهار ونحوها على المشهور، وفيها: لا يُعجبني وإن اختلفت الكفارتان كيمين وظِهَار)**

(ش): قوله (وإلا) أي: لم يكمل استأنف، واختلف شُرَّاح "الْمُدَوَّنَة[٢]" هل من شرط التَّكميل إبقاء ما دفعه إليهم بأيديهم إلى حين التكميل؟

قوله: (وكذلك كفَّارة الظِّهَار) أي: فيشترط فيها العدد، وإن أعطى لمائة وعشرين كمل الستين منهم، وقوله: (وفيها.... إلخ) أي: لم يعجبه في "الْمُدَوَّنَة[٣]" أن يدفع لمسكين مُدَّين من كفَّارتين وإن اختلف موجبهما، وبهذا يضعف تأويل ابن أبي زيد المتقدِّم؛ إذ كفَّارة الظِّهار متميِّزة عن كفَّارة اليمين بالله تعالى فلا اختلاط[٤].

(ص): **(والنذر، والطلاق، والعتق - على صفة فيهنَّ - تُسمَّى: يمينًا، وهي في التحقيق: تعليق)**

(ش): كقوله: إن فعلت كذا، فعليَّ نذر كذا، أو فامرأته طالق، أو فعبده حر، وقوله: (على صفة) أي: على حصول شرط، وقوله: (تُسمَّى) أي: في اصطلاح الفقهاء، وقوله: (وهي في التحقيق: تعليق) أي: التزام شيء حصول شرط.

(ص): **(واليمين بالله على نيَّة الحالف، وهي غيرها على نيَّة المُستحلف فيما كان على وثيقة حقٍّ على الأظهر من شرط في نكاحٍ أو بيع ونحوه، أو تأخير أجلٍ بدينٍ،**

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٦.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٨.

(٤) إن أطعم عشرين نصف مد نصف مد لم يجزه ثانيها أن يكونوا مساكين فلو دفعها لأغنياء مع علمه بذلك فإنه لا يجزئه ثالثها أن يكونوا مسلمين فلو دفعها لفقراء أهل الذمة فإنها لا تجزئه قياسا على الزكاة رابعها أن يكونوا أحرارا فلو دفعها لرقيق فلا يجزئ خامسها أن يكون المعطى مدا لكل مسكين بمده عليه الصلاة والسلام فلا يجزئ دونه ويقوم مقام المد شيئان على سبيل البدل إما رطلان من الخبز مع أدم زيت أو لبن أو لحم وإما شبعهم غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين ولا يكفي غداء أو عشاء ولو بلغ مدا. الثمر الداني ٤٢٦/١.

وفيما سواها ثالثها: إن سُئِلَ فيها، فعلى نِيَّة المستخلف، وإلا فعلى نيَّتِه)

(ش): حاصله أن من حلف فإما أن يكون على وثيقة حق أو لا.

فالأول: المعتبر فيه نِيَّة المحلوف له، وهو مراده بالمستحلِف.

وقول المُصَنِّف: (على الأظهر) يقتضي أن في المسألة قولين؛ سواء كانت يمينه بالله أو بالطلاق أو بالعتق، وهو صحيح، وقد حكاهما التُّونُسِيّ وصاحب "الكافي". والقول بأنه على نيَّة المستحلف تحصيل مذهب مالك.

وقال بعض أصحابنا المتأخِّرين: يصحُّ تخصيص ما حلَّفه عليه، ولكنه ظالم للمحلوف له، وقال بعضهم: لا يصحُّ حتى يحرِّك لسانه، وفي التُّونُسِيّ: إذا كان إنَّما حلف في حق أو وثيقة وادَّعى النِّيَّة، وكانت يمينه طلاقًا أو عتقًا لم يصدق؛ لأنَّ يمينه في الحق والوثيقة على نيَّة المحلوف له، وقيل: يصدق.

وأما إن كانت يمينه بالمشي إلى بيت الله، وقال: أردت المسجد، فقيل: لا يصدَّق أيضًا؛ لأنَّ يمينه في الحق، والوثيقة على نيَّة المستحلف، وقيل: ينوي لأنَّ هذا ممَّا لا يقضى عليه به. انتهى.

خليل: وتقدَّم لابن القاسم أنَّه إذا حَرَّك لسانه بالثُّنيا فله ثنياه، وإن لم يعلم بذلك مستحلفه، وهو ممَّا يصح أن يكون مقابل الأظهر، وهذا خلاف طريق صاحب " المقدِّمات " وابن زرقون، فإنهما حكيا الإجماع على أن النِّيَّة لا تنفع إذا قطع بها حقًّا لغيره؛ للحديث الصحيح: "مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ، حَرَّمَ اللهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ " قَالُوا: وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا؟ قَالَ: "وَإِنْ كَانَ قَضِيبًا مِنْ أَرَاكٍ " قالها ثلاثًا[1].

والثاني: وهو الذي لا يكون على وثيقة الحق، إمَّا أن يكون بالله تعالى أو لا؛ فإن كانت بالله تعالى، فعلى نِيَّة الحالف، وإلا فثلاثة أقوال:

الأوَّل: أنَّ اليمين على نيَّة المحلوف له، رواه ابن القاسم عن مالك، وبه قال ابن وهب، وسحنون، وأَصْبَغ، وعيسى.

والثاني: أنها على نية الحالف، وهو قول ابن القاسم.

والثالث: التفصيل لابن الماجشون وسحنون: إن كان مستحلفًا، فعلى نيَّة

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٣٩) والنسائي في الصغرى، برقم (٥٤١٩).

المحلوف له، وإن كان متطوِّعًا، فعلى نِيَّة الحالف، وخصَّص المؤلف هذا الخلاف بما عدا اليمين بالله تعالى، وهو خلاف طريقة صاحب " المقدِّمات " وابن زرقون؛ فإنهما عمَّما الخلاف، وزادا قولين آخرين:

أولهما - عكس الثالث -: إن حلف متطوعًا، فالمعتبر نية الغير؛ لأنه إنما حلف لأجله، وإن استحلفه فله نيّته؛ لأنه كالمكره.

وثانيهما: إنما يفرق بين أن يكون مستحلفًا أو متطوِّعًا فيما يقضى به عليه، وأما غير ذلك، فعلى نيَّة الحالف، رواه أَصْبَغ عن ابن القاسم.

وما تقدَّم عن مالك: أن للحالف نيَّته في (الحلال عليه حرام)؛ لاختلاف العلماء فيها بخلاف غيرها، قول سادس.

والضمير في قوله: (سواها) عائد على قسمي اليمين بالله؛ أي: وسواء كانت على وثيقة حق أو لا، وعلى اليمين بالطلاق والعتق والنَّذر فيما كان على وثيقة حق، ويحتمل أن يكون الضمير في (سواها) عائد على اليمين بالطَّلاق والعِتَاق إذا لم يكن على وثيقة حق، وأما اليمين بالله؛ فقد أخذنا حكمها مطلقًا، فلا حاجة إلى إعادتها.

وفي بعض النُّسخ (سواهما) بضمير التثنية، فيجعل اليمين بالله مطلقًا قسمًا واحدًا، ويجعل ما كان على وثيقة حق مطلقًا قسمًا واحدًا؛ مثال اليمين التي على وثيقة حق، كما لو استُحلِف من عنده وديعة فأنكرها وحلف ما له عنده وديعة، ونوى حاضرة معه، وكما مثَّل المُصَنِّف بقوله: (من شرط في نكاح) كما إذا اعتقد النكاح على أنه إن تسرَّى عليها، فعليه التصدُّق بثلث ماله، ثم تسرَّى عليها حبشية، وقال: نويت من غير الحبش، فلا تفيده تلك النِّيَّة، ونحو البيع الأكرية وسائر العقود.

وقوله: (وتأخير أجلٍ بدَيْنٍ) أي: من كان له دين على غريم فطالبه، فطلب الغريم التأخير، وحلف ليقضينه إلى أجل، فاليمين على نيَّة الطالب لا الغريم.

(ص): (ثم التي على نيَّتِه إن كانت ممَّا يُقضَى فيه بالحنث مُطلقًا وهو الطلاق والعتق دون ما سواهما، فإن خالف فيهما ظاهر اللَّفظ النِّيَّة، وثُمَّ مرافعة أو بَيِّنة أو إقرار، لم تُقبل نيَّته، فإن تساويا قُبِلَت بيمين)

(ش): يعني: أن اليمين الَّتي على نيَّة الحالف، على ما تقدَّم على ضربين:

الأوَّل: أن تكون فيما يقضى فيه بالحنث، وهو الطلاق والعتق خاصة، والكلام

الآن فيه[1].

والثاني: ما لا يقضى فيه بالحنث؛ كاليمين بصلاة أو صيام، وسيأتي الكلام عليه.

وقوله: (مما يُقْضَى فيه بالحنث مطلقًا) يحتمل أن يعود على الطلاق، ويحتمل أن يعود عليه وعلى العتق، ومعناه الإطلاق في الطلاق؛ أي: سواء كان منجزًا أو معلقًا كاملا أو مبعضًا أو آيلا إليه كالتدبير ونحوه، إلا أنَّه يشترط في ذلك أن يكون في رقبة معينة، وغير المعينة لا يقضى بها كما إذا قال: إن فعلت كذا فعليَّ عتق رقبة، فإنَّه إذا حنث لا يقضى عليه بها.

وقوله: (دُونَ ما سِوَاهُمَا) أي: من سائر القرب والعطايا؛ كالصلاة، والصوم، والهبات، والصدقات.

وقوله: (فإن خالف) يقتضي أن اللَّفظ ليس نصًا في مدلوله؛ إذ لو كان كذلك ما افترق الحكم، وإذا ثبت أنَّ اللَّفظ لا بد أن يكون محتملا، فإن كانت النِّيَّة موافقة لظاهر اللفظ، قُبِلَت في القضاء والفتيا، وهذا مأخوذ من كلامه بالمفهوم.

ابن الموَّاز: وأمَّا ما تُقْبَل فيه النِّيَّة في القضاء والفتيا، فمثاله أن يحلف لزوجته بطلاق من يتزوَّج في حياتها، أو يكون ذلك شرطًا في أصل نكاحها، فتَبِين منه، ثُمَّ يتزوَّج، ويقول: نويت ما كانت تحتي فيصدق، ومثل الذي يعاتب زوجته في دخول بعض قرابتها إليها، فتحلف بحرية عبدها لا دخل عليَّ أحد من أهلي، فلمَّا مات قالت: نويت ما كان حيًّا، فذلك لها في القضاء، وإن قامت عليها بنيَّة، وإن كانت نيَّته مخالفة لظاهر اللَّفظ كما إذا قال لامرأته بعد أن طلقها طلاقًا رجعيًا: (إن راجعتك فأنت طالق)، وقال: إنَّما أردت رجعتها في العدة؛ لأنَّ ظاهر لفظه أنَّه لا يرتجعها أبدًا، فلا يقبل منه ما ادَّعاه من نيَّة إذا رفع الأمر إلى الحاكم، وهو مراده بقوله: (وثُمَّ مُرَافَعَة) وقامت عليه بينة أو أقرَّ بذلك.

---

(١) ابن عرفة: النية إن وافقت ظاهر اللفظ أو خالفته بأشد اعتبرت اتفاقا وإلا فطرق.

التلقين: يعتبر في اليمين النية ويعمل عليها إذا كانت مما يصلح أن يراد اللفظ بها، كانت مطابقة له أو زائدة فيه أو ناقصة عنه بتقييد مطلقه أو تخصيص عامه.

وقال ابن بشير: إن توافق اللفظ والنية استوى حكم ما يقضي به وما لا يقضي به وإن خالف اللفظ مقتضى النية فإن كان مما يقضى به نظر، فإن كان لا يحتمل ما ادعاه من النية لم يلتفت إلى دعواه وإن حضرته بينة، وإن احتمله ولكن على بعد فإن حضرته بينة لم يلتفت إلى النية، وإن لم تحضره بينة فالصحيح في المذهب أن المستفتي تقبل نيته. التاج والإكليل ٤/٤٨٦.

وحاصله: أنَّ الرَّفع لا بد منه في عدم القبول، بشرط أن يكون مع ذلك أحد شيئين: إما البيِّنة أو الإقرار لما يجب على الحكام من إجراء الأمور على ظواهرها، وسيأتي إذا لم تكن مرافعة.

خليل: والمثال الذي ذكره ابن راشد كذلك ذكره ابن الموَّاز، وفيه نظر؛ لأنَّ العرف عند الناس في المراجعة إنَّما هو في العدة، فكان ينبغي أن تقبل نيَّته مطلقًا؛ وكأنَّهم أخذوا المراجعة بالمعنى اللُّغويّ.

وقوله: (فإن تَسَاوِيَا) أي: أمكن أن يكون قصد باللَّفظ الصادر عنه ما ادَّعى أنه نواه، وأمكن ألا يقصد على حد سواء، قبلت نيَّته في القضاء، وأحرى في الفتيا، وهذا يتصور في تقييد المطلق، أو تبيين أحد محامل المشترك.

ابن راشد: ومثال الأول أن يقول: أحد عبيدي حر، ويقول: أردت فلانًا، ومثال الثاني: أن يقول: عائشة طالق، وله زوجتان اسم كل واحدة منهما عائشة.

ووقع في بعض النُّسخ بإثر (قبلت بيمين) وهو ممَّا تردد فيه الشيوخ، وهو من أيمان التُّهم.

ابن عبد السلام: والأقرب هنا توجيهها احتياطًا لحقِّ الله تعالى.

(ص): **(فإن لم يكن ذلك وكان احتمالا قريبًا قبلت مثل: لا أفعل كذا، ويريد: شهرًا، أو لا آكل سمنًا، ويريد: سمن ضأنٍ، أو لا وطئتُها، ويريد: بقدمي)**

(ش): هذا قسيم قوله: (وثَمَّ مرافعة... إلخ)؛ لأنَّ الإشارة بذلك إلى المرافعة مع البيِّنَة أو الإقرار؛ أي: وإن لم تكن مُرَافعة قبلت نيَّتُه؛ إذ لا يحتاج إلى اليمين في صِحَّة ذلك؛ لأنَّ النَّظر في توجيه الأيمان بما يَخْتَصُّ بالحكام.

قال في "البَيَان " في (باب طلاق السنة): ولا خلاف في عدم اليمين هنا، والأمثلة الثلاثة التَّي ذكرها المُصَنِّف؛ أعني قوله: (لا أفعل كذا، ويريد: شهرًا، أو لا آكل سمنًا، ويُريد: سمن ضأن، أو لا وطئتها، ويُريد: بقدمي).

(ش): كذلك ذكرها ابن الموَّاز، وزاد: إذا قال لامرأته: أنت طالق، أو أنت طالق البتَّة إن راجعتك، فأراد أن يتزوَّجها بنكاح جديد، وقد خرجت من العدة، وقال: إنَّما نويت ما دامت في عدتها، فإن كانت على يمينه بيِّنة لم أُدَيِّنه، وإن لم تكن عليه

بيِّنة دَيَّنْته[١].

وقيل: إنَّما معنى هذا: إذا جاء مستفتيًا بلا مخاصمة ولا مرافعة، أمَّا إذا جاء بالمرافعة، فسواء كانت على أصل يمينه بيِّنة أو لم تكن، والإقرار كالبنية، وكذلك من قال: حليمة طالق، وكانت له جارية وزوجة تسميان بذلك، وقال: نويت جاريتي، فله نيَّته في الفتوى.

وإما في القضاء؛ فإن قامت عليه بيِّنة، أو حلف به على وثيقة حق، فلا تنفعه نيَّته، وأكثر هذا في "الْمُدَوَّنَة[٢]"، انتهى.

وعلى هذا فقوله: (فإن لم يكن ذلك وكان احتمالا قريبًا... إلخ) أحد شِقَّي المسألة المتقدِّمة؛ أعني قوله: (وإن خالف فيهما ظاهر اللَّفظ النِّيَّة)؛ لأنَّ الجميع قد خالف فيهما اللَّفظ النِّيَّة، وهناك روفع إن قامت عليه بيِّنة أو إقرار، وهنا لم يرافع، وكان الأولى أن يؤخِّر قوله: (وإن تساويا قُبِلَت)؛ لأنَّ هذه المسألة على ثلاثة أقسام: منها ما يقبل في الفتيا دون القضاء، وهو ما خالفت النِّيَّة فيه ظاهر اللفظ، ومنها ما يقبل في الفتيا والقضاء، وهو ما إذا تساويا كما تقدَّم، ومنها ما لا يقبل في الفتوى ولا في القضاء، وهو ما إذا قال: امرأتي طالق وأمتي حرة، ويريد: الميتة، وسيأتي هذا القسم الثالث من

---

(١) نقل ابن يونس أن النية على ثلاثة أوجه: منها ما لا تقبل نيته في القضاء والفتيا مثل أن يحلف لزوجته بطلاق من يتزوج في حياتها أو يكون ذلك شرطا في أصل نكاحها فتبين منه ثم يتزوج ويقول: نويت ما كانت تحتي فيصدق، ومثل ذلك الذي يعاتب زوجته في دخول بعض قرابتها فتحلف بالحرية لا دخل علي من أهلي أحد، فلما مات قالت: نويت ما كان حيا، فذلك لها في القضاء وإن قامت عليها بينة.

ابن يونس: وكذلك مسألة القابسي في الذي يعجب من عمل عبده فيقول: ما أنت إلا حر.

الوجه الآخر ما تقبل منه نيته في الفتيا دون القضاء، وذلك كل من حلف أن لا يفعل شيئا ولم يذكر تأبيدا ثم قال: نويت شهرا أو حتى يقدم فلان، وذلك أنه أظهر يمينا يدل على التأبيد وادعى ما يقطع التأبيد فيصدق في الفتيا ولا يصدق في القضاء، وكذلك لو حلف أن لا يأكل سمنا وقال نويت سمن ضأن، أو حلف لزوجته في جارية له إن كان وطئها وهو يريد بقدمه فله نيته في هذا، وشبهه في الفتيا دون القضاء.

وكذلك إن قال لامرأته: أنت طالق إن راجعتك فأراد أن يرتجعها بنكاح جديد وقد خرجت من العدة وقال: إنما نويت ما كانت في عدمها، فإن كانت على يمينه بينة لم أدينه، وإن لم تكن على يمينه بينة دينته. التاج والإكليل ٤/٤٨٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٩.

كلام المُصَنِّف.

ثم في تعبير المُصَنِّف بقوله: (وكان احتمالا قريبًا) نظر؛ لإيهامه أنَّه غير الوجه الأوَّل، فإن قلت: هل ما ذكر المُصَنِّف في قول الحالف: لا وطئتها، وقال: أردت بقدمي، مخالف لما قاله في "الْمُدَوَّنَة[1]" في (باب الإيلاء)، ونصُّه: وإن قال: والله لا أَطَؤُكِ، فلمَّا مضت أربعة أشهر وقف وقال: أردت لا أطؤها بقدمي، قيل له: إن وطئت بان صدقك وأنت في الكفارة، اعلم إن شئت فكفره، وإن شئت فدع.

قيل: لا مخالفة بينهما؛ لأنَّ المصنِّف إنَّما قبل منه النِّيَّة حيث لا مرافعة، وكلامه في "الْمُدَوَّنَة[2]" مع المرافعة، وإنَّما ذكرت هذا؛ لأنَّ ابن عبد السلام زعم أن ما ذكره المُصَنِّف في هذا المثال بعيد؛ لرجحان لفظ الوطء عرفًا في الجماع، ثُمَّ استشهد على بعده بحكمه على ذلك في "الْمُدَوَّنَة" بحكم المولي.

ثُمَّ في قوله: (لرجحان لفظ الوطء عرفًا في الجماع) نظر؛ لأنَّ هذه المسائل كلها ممَّا خالف فيها ظاهر اللَّفظ النِّيَّة.

فَرْعٌ:

قال في "الْمُدَوَّنَة[3]" فيمن حلف لا يبيع عبده، فأمر غيره ببيعه، أنَّه يحنث ولا ينوي، وقال محمد: ينوي، وفيها فيمن حلف ليضربنَّ عبده، فأمر من ضربه، بر، وإن حلف لا يضربه فأمر من ضربه، حنث، إلا أن ينوي ضربه بنفسه[4].

اللَّخْمِيّ: فنواه في الضرب إذا أمر من ضربه؛ لأنَّ من السادات من يطمع عبده بمثل ذلك لئلا يهرب، أو غير ذلك من العذر، وإلى هذا أشار التُّونُسِيّ، وتأول مسألة البيع على أن يمينه كانت مما يقضى عليه فيه بالحنث، فإنَّه قال: فإن حلف ليضربن عبده، فأمر غيره بضربه بر؛ لأنَّ النَّاس إنَّما يقصدون بهذا إيلام العبد لا أنه يضربه بيده.

وإن حلف لا ضربته، فأمر غيره فضربه، حنث؛ لأن القصد عدم الإيلام، وقد وجد،

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٧٩.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٨١.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٨٢.

(٤) وقال ابن بشير: إن حلف أن لا يبيع عبده فباعه غيره بإذنه فإنه حانث ولم ينوه في الكتاب بخلاف لو حلف أن لا يضرب عبده فأمر غيره بضربه، فإن قال: نويت بنفسي صدق. التاج والإكليل ٤/ ٤٨٨.

وإن حلف لا باع ولا اشترى فأمر غيره، ففعل، قال: يحنث، ولعله يريد إذا كانت يمينه بالطلاق وعليه بيّنة، وإن كان ظاهر كلامه في "الْمُدَوَّنَة[١]" خلافه، انتهى.

وحكى في "التنبيهات " عن بعضهم أنَّه جعل ما قاله في البيع مخالفًا لما قاله في الضرب، والأوَّل أظهر، والله أعلم.

(ص): (بخلاف: امرأتي طالق، وجاريتي حرة، ويُريد: الميتة، ومثل: أنتِ عليَّ حرام، وقال: أردت الكذب)

(ش): أي: فلا تقبل نيَّته في الحكم ولا الفتوى، نص على ذلك في "الْمُدَوَّنَة[٢]"؛ لأنه إن أراد الإنشاء، فواضح؛ إذ الإنشاء يستدعي وجود محل الطلاق والحرية، والميتة لا تصلح لذلك، وإن أراد الخبر؛ فهو إخبار بما لا فائدة فيه.

ابن عبد السلام: إلا أن تعرض هنالك قرينة حالية أو مقالية توجب صدقة فيصدق، كما في غير مسألة، انتهى[٣].

وأما (أنت حرام)؛ فمحمول على الإنشاء، ولا يحتمل الإخبار إلا ببعد، وإذا كان

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٨٢.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٨٤.

(٣) قال مالك: وإن حدثت له نية الاستثناء قبل تمام لفظه باليمين أو بعد إلا أنه لم يصمت حتى وصل بها الاستثناء أجزاه.

قال في كتاب ابن المواز: وهو مثل الذي يريد أن يحلف بالبتة فيقول: امرأتي طالق ألبتة ثم يبدو له فسكت عن تمام اليمين.

ابن يونس: يريد أن ذلك لا يلزمه لأن الحكم لآخر اليمين، وقد أجمعوا أن من نسق الطلاق بفعل أو الحكم لآخر الكلام فكذلك يكون الاستثناء.

وقال اللخمي: اختلف إذا نسق الاستثناء بنية حديثة بعد تمام اليمين فقال مالك في المدونة: ذلك استثناء.

ابن عرفة: وهذا هو المشهور.

وقال ابن رشد: وأما الاستثناء بغير حرف الاستثناء وهو أن يفيد العموم بصفة لأن ذلك لا يقتضي إخراج من ليس على تلك الصفة من ذلك العموم فهو استثناء بالمعنى وله حكم الاستثناء في أن لا ينفع إلا بتحريك اللسان واتصاله بالكلام مثل أن يقول: والله ما رأيت اليوم قرشيا عاقلا لأنه بمنزلة ما رأيت اليوم قرشيا إلا أحمق فإن وصل عاقلا بيمينه نفعه بمنزلة أن يصل بها إلا أحمق، وذلك منصوص لابن القاسم في الذي يسأل الرجل عن وديعة قد كان استدفعه إياها فيحلف إن كانت في بيته فيلقنه رجل في علمك فيقول في علمي: إنه استثناء. التاج والإكليل ٤/٤٤٤.

محمولا على الإنشاء، فلا يقبل منه دعوى الكذب؛ فإنَّه من عوارض الخبر فقط.

ونص في "الْمُدَوَّنَة[١]" على مسألة (أنت حرام) في (كتاب التخيير).

(ص): **(في مثل الحلال عليَّ حرام، ويريد: غير الزوجة، قولان)**

(ش): قد تقدَّمت، وكأنَّه إنَّما كرَّرها لمناسبتها المحلين، وأمَّا المحل المتقدِّم؛ فلأنَّها كالاستثناء بالنِّيَّة، وأمَّا هنا؛ فلمخالفة ظاهر اللَّفظ النِّيَّة، وقد يفعل المُصَنِّف مثل ذلك في كتابه، كما في السبي يهدم النكاح، فإنَّه ذكره في الجهاد والنكاح وغير ذلك من الأمثلة.

(ص): **(وإن لم تكن له نية، فبساط اليمين مُقدَّم على المعروف)**

(ش): يعني: فإن عدمت النِّيَّة، ولم يضبطها الحالف، وكانت اليمين ممَّا ينوي فيها، فإنَّه ينتقل إلى البساط، وهو السبب الحامل على اليمين، وليس بانتقال عن النِّيَّة في الحقيقة، وإنَّما هو لما كان مظنة النِّيَّة عدل إليه تحريمًا على النِّيَّة، ومقابل المعروف تقديم مقتضى اللفظ على البساط. حكاه اللَّخْمِيّ.

واعترضه ابن بشير وقال: لا ينبغي أن يختلف في تقديم البساط، قال: ولا يحلف حالف معتقدًا لليمين إلا وله نيَّة، وإنَّما يمكن أن ينساها، فيكون البساط دليلا على ما قصد، وفيه نظر.

وفي "المقدمات": اختلفوا إذا لم تكن له نيَّة، وكانت ليمينه بساط، وعرف من مقاصد الناس في أيمانهم خلاف ظاهر لفظه، هل تحمل يمينه على البساط، أو ما عرف من مقاصد النَّاس في أيمانهم، أو على ظاهر لفظه؟ ثلاثة أقوال معلومة في المذهب، والأشهر منها مراعاة البساط، ثم القصد العرفي، ثُمَّ ظاهر لفظه في اللغة؛ فإن كان محتملا في اللغة لوجهين فأكثر، فعلى أظهر محتملاته، وإن لم يكن أحدهما أظهر، جرى ذلك على الاختلاف في المجتهد تتعارض عنده الأدلَّة، فقيل: يأخذ بما شاء، وقيل: بالأثقل، وقيل: بالأخف، ولأجل تقديم البساط قلنا فيمن حلف ألا يشرب ماءً لمن امتنَّ عليه بما يأخذ منه، أنَّه يحنث، ولو بخيط يخيط به.

(ص): **(فإن فُقدا حمل على القصد العُرْفِيّ، وقيل: على اللُّغَوِيّ، وقيل: على الشَّرْعِيّ)**

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٨٥.

(ش): أي: النِّيَّة والبساط والمشهور تقديم العرفيّ، ثم اللغويّ، وهذه الأقوال حكاها ابن بشير، ثم أشار إلى أنه لا ينبغي أن تحمل هذه الأقوال على الخلاف، وإنما ينبغي أن يراعى في كل حالف ما يغلب عليه، والمشهور: أظهر إن جاءت الأقوال على الخلاف؛ لأن العرف غالب قصد الحالف، قال في "المقدمات " بعد ذكر الخلاف في تقديم البساط واللفظ: وهذا في المظنون، وأما المعلوم كقوله: والله لأقودنَّ فلانًا كانقياد البعير، أو لأرينه النجوم في النهار، فهذا يعلم أن القصد به خلاف اللَّفظ، فيحمل على ما يعلم من قصده بلا خلاف.

فَائِدَةٌ:

قال القرافي وغيره: العرف المعتبر هو: العرف القَوْلِيّ، وأما العرف الفعلي؛ فلا اعتبار به، مثال القوليّ: والله لا ركبت دابة، والعادة أنه تطلق الدابة على الحمار.

ومثال الفعلي: أن يحلف لا آكل خبزًا، وعادته أكل خبز البر، فإنَّه يحنث بخبز الشعير والذُّرَة، وإن لم يأكله قط.

وقال ابن عبد السلام: ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعليًّا.

(ص): **(فإن كانت مما لا يُقضى فيه بالحنث، فنيَّته إن كان قريبًا ثُمَّ على ما تقدَّم)**

(ش): هذا هو الضرب الثاني؛ يعني: وإن كانت اليمين بغير العتق والطلاق، فإن كانت بالله تعالى أو صيام أو صدقة، قبلت منه نيَّة الاحتمال القريب المخالف لظاهر اللَّفظ والمساوي، ومفهوم كلامه: أنَّه لا يفهم منه إرادة الاحتمال البعيد، والذي ذكره التُّونُسِيّ قبول نيَّته في هذا القسم مطلقًا، فقال: إن لم يكن بساط، حملت يمينه على ظاهر ألفاظ الحالف، إلا أن يَدَّعي نيَّة، فيصدق فيما نوى فيه فيما بينه وبين الله تعالى، انتهى[1].

وهذا هو الظاهر؛ لأنه إنما حمل على الظاهر فيما يقضى فيه بالحنث؛ لما يجب

---

(١) عني أن الحالف إذا ادعى أنه أراد بعدم الكلام المشافهة قبلت نيته في الرسول سواء كانت يمينه بالله أو بغيره لأنه يزيد وينقص لكن يحلف في العتق والطلاق لحق العبد والزوجة وينوي في الكتاب إن كانت يمينه بغير العتق المعين والطلاق وأما هما فلا ينوي فيهما في القضاء مع المرافعة وتقييد تنويته بغير العتق والطلاق مذكور في الأم فلا اعتراض على المؤلف بأنه في التهذيب غير مقيد ولو حلف ليكلمن لم يبر بالكتاب ولا بالرسول مطلقا لأن الحنث يقع بأدنى سبب بخلاف البر كما مر. شرح خليل للخرشي ٢٦١/٥.

على الحكام من إجراء الأمور على ظواهرها، ولا نظر للقاضي هنا، وقوله: (ثُمَّ على ما تَقَدَّم) أي: فإن عدمت نظر إلى البساط، ثم للقصد العرفيّ، ثم الشرعيّ.

(ص): **(وإن كان اللَّفظ شاملا للمُتعدِّد مُحتملا لأقل ولأكثر، حَنِث بالأقل، وبالبعض على المشهور، ولم يَبَرَّ إلا بالجميع اتِّفاقًا؛ مثل: لا أكلت رغيفًا، ولا كلَّمته، ولا جامعتُكُنَّ ولأجامعكنَّ)**

(ش): مراده: أن اللَّفظ إذا دَلَّ على جمع، فإنَّه يدلُّ على أقل الجمع، ويحتمل أكثر، وليس مراده العدد؛ لأنَّه نص لا احتمال فيه، ومثَّل بمثالين؛ ليعود الأوَّل منهما على الأوَّل، والثاني على الثاني.

ابن راشد: وهذه العبارة منتقدة؛ لأنَّ لفظ الرغيف إنَّما يتناول المجموع، وإطلاقه على البعض مجاز، بل من باب التعبير بالجزء عن الكل، وما دَلَّ على حقيقة لا يقال فيه: إنَّه محتمل لأقل أو أكثر، والذي ينبغي أن يقال إذا كان اللَّفظ ظاهرًا في الأكثر محتملا في الأقل.

ابن عبد السلام: وقد يقال: إنما يرد هذا إذا كان الاحتمال إنَّما يقع مع التساوي، وليس بظاهر، بل الاحتمال تارة يكون راجحًا، وتارة يكون مرجوحًا، وتارة يكون مساويًا وكلام المُصَنِّف المتقدِّم يوضِّحه.

والمشهور كما يقال: أنه يحنث بالبعض، ومقابل المشهور حكاه في "الكافي "عن ابن لبابة: أنه لا يحنث إلا بالجميع، وخرجه ابن الجلاب على قوله: أنه لا يبر إلا بالكل، وهو قول الشافعي، وأما في البر، فذكر المُصَنِّف الاتفاق على أنه لا يبر إلا بالجميع، وخرج فيه ابن الجلاب قولا ببراءته بالبعض من الحنث بالبعض، ووُجِّهَ المشهور بوجوه:

أولها: أن القصد العام في الحالف على عدم الأكل: التجنُّب، ومن فعل البعض لم يتجنَّب.

ثانيها: أن الحالف على عدم الأكل يجري مجرى التحريم، والتحريم يقع بأدنى سبب، ألا ترى أن الأم تحرم بالعقد، وتحرم المرأة به على آباء الزوج وأبنائه، والحالف على الأكل يجري مجرى الإباحة، وهي لا تحصل إلا بالنهاية؛ إذ لا تحل المبتوتة بالعقد، وإنما تحل بالوطء.

وهذا الدليل للشيخ أبي محمد، ورُدَّ بعدم اطراده، فإن البنت لا تحرم بالعقد على

أمها، وأجيب بأن الغالب التحريم بالأقل، فوجب الحمل عليه.

ثالثها: أنَّا اجتمعنا نحن والشافعي على أنَّه إذا قال: (والله لا كلمت زيدًا ولا عمرًا ولا خالدًا)، أنه يحنث بكلام واحد، ولا فرق بين هذا وقوله: (والله لا كلمت زيدًا ولا عمرًا وخالدًا)، ولا تكرار حرف النفي، وهو مضمر مع الواو، فلا فرق بين إظهاره وإضماره. وهذا الدليل للمصنِّف ذكره القرافي، ورد بأنا لا نسلم أن إعادة حرف النفي من باب التأكيد، بل من باب التأسيس، فإنه مع حذفه يحتمل الحلف على كلامهم مجتمعًا ومفترقًا، ومع ثبوته يتناول اليمين كل واحد من الأمرين، فوجب الحنث بفعل كل واحد منهما، وهو الذي ذكره في معنى حرف النَّفْي، نص عليه السُّهَيْلِيّ، فمن الجائز أن يذهب الشافعي ومن وافقه في عدم التحنيث بالبعض إلى هذا المذهب، قال في "المقدمات " فيمن حلف لا يأكل هذا الرغيف: حَنِثَ بأكل بعضه، إلا إذا كانت له نِيَّة أو بساط يدل على إرادة استيعاب جميعه.

ومن حلف ليأكلن هذا الرغيف، لم يبر إلا بأكل جميعه، إلا أن تكون له نيَّة أو بساط يدل على إرادة البعض، انتهى.

واختلف الشيوخ هل يرتفع الخلاف إذا أتى بلفظة (كل)، وهي طريقة ابن بشير، أو هو باقٍ؟ وإليه ذهب الأكثر، وهي الصحيحة.

فإن مالكًا نص في "الْمَوَّازِيَّة " على الحنث بالبعض فيمن حلف، قال: والله لآكل هذا القرص كله، وللتحنيث بالبعض، قال ابن القاسم بالحنث فيمن قال: امرأته طالق إن صلَّى ركعتين، أنَّه إن صلَّى ركعة واحدة ثُمَّ أحرم ثُمَّ قطع، وكذلك يمينه: لا أصوم غدًا، فبيت الصيام حتى طلع الفجر، فقد حنث وإن أفطر، وكذلك قال أَصْبَغ في الحالف: لا يلبس لامرأته ثوبًا، فلمَّا أدخل طوقه في عنقه عرفه فنزعه، أو حلف لا ركب دابة فلان، فأدخل رجله في الرِّكاب، واستقلَّ عن الأرض، وهمَّ أن يقعد على السرج، ثُمَّ ذكر فنزع، فروى ابن وهب أنه حانث، قال: ولو ذكر حين استقل من الأرض ولم يستوِ عليها، فلا شيء عليه، لأنَّه لا يبر إلا بالجميع.

قال في "الْمَوَّازِيَّة " في الحالف ليقرأن القرآن اليوم أو سورة كذا، فقرأ ذلك، ثم ذكر أنه أسقط حرفًا: فإن علم أنه يسقط مثل ذلك، فلا حِنْث عليه، وله ما نوى، وإن جاء بما لا يعرف من الخطأ الكثير أو ترك سورة، فهو حانث، وقال مالك فيمن حلف ليتزوجنَّ على امرأته امرأة يمسكها سنة، فتزوج امرأة أمسكها أحد عشر شهرًا، ثم

ماتت، فقال: يتزوَّج غيرها ويبتدئ السنة، وقال سحنون: يجزئه أن يحسبها بقية السنة.

(ص): (والتمادي على الفعل كابتدائه في البِرِّ والحِنْث بحسب العُرْف، فينزع الثَّوب، وينزل عن الدَّابَّة، ولا يحنث في دوامه في: لا أدخل، على المشهور، وكذلك: إذا حِضْتِ أو طَهُرْتِ، وهي عليه)

(ش): قوله: (بحسب العُرْف) أي: ينظر إلى العرف؛ فإن كان دوام الفعل كابتدائه في العرف، كاللبس في الثوب والركوب في الدابة، حَنِث؛ لأنَّ الدوام كالإنشاء في العرف[1].

ومثاله في البِرِّ لو قال: لألبسنَّ هذا الثوب، أو لأركبنَّ الدَّابة، فإنَّه يبرأ بالدَّوام، ولا يشترط في ذلك الدَّوام في كل الأوقات، بل بحسب العرف، فلذلك لا يحنث بالنزول ليلا، ولا في أوقات الضرورات، ولا بنزع الثوب ليلا، وإنما لم يحنث إذا حلف ألا يدخل هذه الدار، وهو فيها بدوامه فيها؛ لأنَّ المكث فيها لا يسمَّى دخولا عرفًا، ومقابل المشهور لأشهب.

وقوله: (وكذلك: إذا حِضْتِ أو طَهُرْتِ) مثاله لو قال: إذا حاضت فعليَّ صدقة دينار، أو والله إذا حاضت لأدخلنَّ الدار، فلا يلزمه ذلك بحيض هي عليه، وإنَّما يلزمه بحيض مستأنف، وأما لو علق الطلاق على الحيض بأن يقول: إذا حِضْتِ فأنت طالق. فإنه ينجز على المشهور، كما سيأتي.

(ص): (والنسيان في الطلاق كالعمد على المعروف، وخرَّج الفرق من قوله: إن

---

(١) النظر إلى التمادي على الفعل هل يجعل كابتدائه ففي الكتاب الحالف لا يسكن هذه الدار وهو فيها يخرج مكانه ولو في جوف الليل فإن أقام إلى الصباح حنث إلا أن ينويه فإن وجد منزلا لا يوافقه أو غاليا انتقل إليه حتى يجد سواه وإلا حنث وقال ابن حنبل ينتقل بحسب العادة ويرتحل بولده وأهله وجميع متاعه إلا الوتد وما لا يعبأ به فإن بقي متاعه حنث وقاله ابن حنبل خلافا ل ش في قوله يكفي نقله بنفسه لنا أنه كل يوم ينتقل بنفسه من غير يمين فلا بد لليمين من غرض زائد على المعتاد وقال أبو يونس قال أشهب لا يحنث بإقامته يوم وليلة ولا يترك قشه فإنه لا يسمى مساكنة وقد قال ابن القاسم في الحالف ليقضينه حقه في الهلال له يوم وليلة ولو ابتدأ في النقلة وأقام أياما لكثرة عياله لا شيء عليه ولو ترك متاعه إعراضا عنه لصاحب الدار أو غيره لم يحنث وروي عنه إن ترك الوتد ونحوه إعراضا عنه لم يحنث أو نسيانا حنث وفي الجواهر الحالف على ركوب دابة أو لباس ثوب وهو راكب أو لابس ينزع وينزل فإن تمادى كان كابتداء الفعل قاله في الكتاب. الذخيرة ٤/٥٣.

حلف بالطلاق ليصومنَّ يوم كذا، فأفطر ناسيًا، فلا شيء عليه)

(**ش**): اليمين إن قيدت كما لو قال: والله لا أدخل الدار عمدًا، أو لا أدخل الدار إلا أن أنسى، فالاتفاق على أنه لا يحنث بالنسيان، وإن أطلقت فالمعروف من المذهب الحِنْث بالنسيان.

وذهب السيوري وابن العربي في جمع من المتأخرين إلى عدم الحنث، وخرج أيضًا من قول مالك في "العُتْبِيَّة " في الحالف بالطَّلاق ليصومنَّ يومًا معينًا، فأصبح فيه صائمًا، ثُمَّ أفطر فيه ناسيًا، أنه لا شيء عليه، فظاهره: أنه لا حِنْثَ عليه، وكذلك فهمه جماعة من المتأخرين، وإليه أشار بقوله: (وخُرِّجَ الفَرْق) أي: بين العمد والنسيان في أنه يحنث في العمد دون النسيان، ورد لعله يريد: لا قضاء عليه، وهو أحد الأقوال في النذر المعين كما تقدَّم.

(ص): (**ولا يتكرر الحنث بتكرر الفعل ما لم يكن لفظ يدل عليه مثل: (كلَّما، ومهما)، وفي (متى ما) اضطراب، أو قصد إليه، أو كان القصد العرفيّ، كمن حلف لا يترك الوتر؛ فإنَّه يتكرَّر بتكرُّر التَّرْك، وكمن قال: إن تزوَّجت عليك فأمرك بيدك)**

(**ش**): أي: إذا وقع الحنث بأول **الفعل** ثم فعل ذلك مرة ثانية، لم يتكرَّر عليه الحِنْث، وهذا كقوله في "الْمُدَوَّنَة[1]": ومن حلف أن لا يُكَلِّم فلانًا عشرة أيام وكلَّمَهُ فيها حنث، ثُمَّ كلَّمه فيها مرارًا قبل أن يكفِّر، لم يلزمه إلا كفارة واحدة، انتهى.

وقوله: (ما لم يكن لفظ) يعني: أنه إذا كان لفظٌ يدل على التكرار، حنث بالتكرار؛ كـ (كلما) و(مهما)، ومذهب "الْمُدَوَّنَة[2]" في (**متى ما**) و(إذا ما) و(أبدًا) أنَّها لا تقتضي التكرار، إلا أن ينوى بها معنى (كلَّما)[3].

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٨٥.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٨٧.

(٣) لو نوى تكرر الحنث بتكرر الفعل تعددت كما لو حلف بالثلاثة أنه لا يفعل كذا ونوى أنه كلما فعله حنث فإنه كلما فعله تلزمه الكفارة (قوله: وإن قصده) أي هذا إذا لم يقصد إنشاء يمين ثانية بأن قصد تأكيد الأولى أو لا قصد له، بل وإن قصد الإنشاء اليمين ثانية.
(قوله: فكفارة واحدة؛ لأن) أي سواء قصد التأكيد أو التأسيس ما لم يقصد تكرر الحنث، وما لم ينو كفارات (قوله: فكفارة واحدة بخلاف) أي ثم لا شيء عليه إن كلمه بعده لانحلال اليمين، وكذا يلزمه كفارة إن كلمه أولا بعد غد، ومحل اتحادها إذا كلمه في اليومين معا حيث لم يقصد تعدد الكفارة (قوله: فكفارتان) لزوم الكفارتين في غد في هذه لوقوعه ثانيا مع الغير
=

وجعل ابن بشير (متى ما) مثل (كلَّما)، وإليه أشار بقوله: (وفي متى ما اضطراب).

وقوله: (أو قصد إليه) معطوف على قوله: (ما لم يكن لفظ يدلُّ عليه)؛ أي: لا يحكم فيه بالتكرار، ما لم يكن لفظ يدل عليه أو قصد إليه، أو يكون مقصوده العرفيّ كمن عوتب في تركه الوتر، فحلف إن تركه فَعَلَيْهِ التَّصَدُّق بدينار، فإنَّه يلزمه التَّصَدُّق كلَّما تركه؛ لأنَّ العرف يقتضي بهذه اليمين أن يكون الوتر له عادة.

وقوله: (وكمن قال لزوجته) معطوف على قوله: (كمن حلف لا يترك الوتر)، والمأخذ فيهما واحد؛ لأنَّ قصد المرأة لا يتم إلا بذلك، وحكى في "البَيَان " في مسألة الوتر وشبهها قولين، وبناهما على اختلاف الأصوليين في الأمر المقيَّد بصفة: هل يقتضي تكراره بتكرار الصفة أم لا؟

ابن عبد السلام: ولو قصد التّكرار بما لا يقتضيه، كما لو قصده بان، فهو شبيه بما لو قصد طلاقًا بـ: اسقني الماء.

(ص): **(هذا في أصل المذهب في الأيمان، ولنذكر الفروع تأنيسًا عند عدم النِّيَّة والبِسَاط)**

(ش): يعني: أن ما قدَّمه هو أصل المذهب، وهو كافٍ لمن اقتصر عليه، ولكن قصد المُصَنِّف أن يذكر فروعًا يتأنس بها، وتستعمل تلك الأصول فيها ليظهر لك بالفعل ما كان حاصلا بالقوة، ثم إن هذه الفروع إنما احتيج إليها إذا فقدت النِّيَّة والبساط، وأما إن وجدا فالعمل عليهما، وعن سحنون: إذا لم يكن لليمين بساط، فاهرب عنها.

(ص): **(فمن حلف ليقضينَّ غريمه غدًا، فقضاه الآن بَرَّ بخلاف طعامٍ يأكله غدًا ونحوه)**

(ش): هكذا قال في "الْمُدَوَّنَة[1]"، زاد فيها: إذ الطعام قد يخص به اليوم، والغريم إنما القصد فيه القضاء[2].

=

فكأنه غير الأول؛ لأن الشيء مع غيره في نفسه، ومسألة المصنف، وقع الغد ثانيا وحده فكان كالتأكيد للأول. حاشية الدسوقي ٤/٤٤٦.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٨٨.

(٢) ابن بشير: إن حلف ليقضين غريمه حقه فغاب الغريم بر بقضاء وكيله المفوض إليه، فإن لم يكن له وكيل مفوض إليه فالحاكم العدل، فإن لم يمكنه فجماعة المسلمين، فإن دفع إلى حاكم غير =

اللَّخْمِيّ: وقد يتصوَّر في الطعام ما يتصور في القضاء، كما لو طلب من مريض شرب دواء واستنجز منه ذلك، فوعد إلى غد فتوثَّق منه باليمين، ثم وجدفي نفسه طلبًا له، ويتصوَّر في القضاء أيضًا ما يتصوَّر في الطعام، وذلك إذا كان المطل مقصودًا في العرف.

خليل: وينبغي على القول بتقديم مراعاة اللَّفظ على البساط، والمقصد العرفي أن يحنث هنا، والله أعلم.

(ص): **(ومن حلف لا يأكل فشرب سويقًا أو لبنًا، حَنِث، بخلاف الماء)**

(ش): هكذا قال ابن بشير وابن شاس، وعلَّلاه بأن القصد العرفي في التضييق على نفسه، حتى لا يدخل في بطنه طعام، واللبن والسويق من الطعام.

قالا: ولو كان قصده الأكل دون الشرب لم يحنث، وفي "العُتْبِيَّة " عن ابن القاسم في الحالف لا يتعشَّى: لا حنث عليه في السحور.

وقول ابن عبد السلام في هذا الفرع والذي قبله: أن الجواب فيهما على اعتبار البساط ليس بظاهر؛ لأنَّ الفرض كما قال المُصَنِّف عدمهما[1].

(ص): **(ومن دفن مالا فبحث عليه فلم يجده، فحلف على زوجته أنَّك أخذته، ثم وجده حيث دفنه، لم يحنث على الأصح)**

(ش): عبَّر ابن عبد السلام عن الأصح بالمشهور، وعدم الحنث لمالك في "الواضحة"، وبه قال ابن دينار.

وقال في "العُتْبِيَّة " بالحنث فيمن وضع دراهم في بيته فلم يجدها، فاتَّهم بها زوجته وحلف بالطلاق ما أخذها غيرك، ثم وجدها تحت مصلاه، كان رفعها ونسي.

=

عدل بريء من الحنث ولم يبر من الدين.

ابن عرفة: قضاء وكيل ربه نصا أو تفويضا لغيبته كقضائه، فلو عدما وخاف الحنث فالروايات يبر بقضاء السلطان. التاج والإكليل ٥/٦٠.

(١) (و) حنث (بسمن استهلك) بلته (في سويق) في حلفه لا يأكل سمنا لانه يمكن استخلاصه بالماء الحار، ولذا لو استهلك في طعام لم يحنث (وبزعفران) استهلك (في طعام) في حلفه لا آكل زعفرانا لانه لا يؤكل إلا كذلك (لا) يحنث إن حلف لا يأكل خلا أو ماء ورد أو نارنج (بخل طبخ) لفقد العلتين لان الخل يؤكل بنفسه وإذا استهلك لا يمكن استخراجه. الشرح الكبير ٢/ ١٤٤.

وأشار اللَّخْمِيّ إلى أنه اختلاف.

خليل: ومنشأ الخلاف: هل يراعى المقصد العرفي فلا يحنث، أو ظاهر اللفظ فيحنث؟ فإن قلت: فلم لا جعلت المنشأ: هل يراعى بساط اليمين فلا يحنث، أو ظاهر اللفظ فيحنث كما فعل اللَّخْمِيّ وغيره؟

قلت: لأنَّ كلام المُصَنِّف ينافيه؛ إذ فرض المسألة مع عدم النِّيَّة والبساط.

وكلام ابن بشير يقتضي أنَّ الخلاف إنَّما هو منصوص فيما إذا وجده تحت مصلاه، وقوله: ومن هذا القبيل أن يدفن مالا ثم ينساه، فيبحث عليه فلا يجده، ويحلف لزوجته أنك أخذته، ثم يجده حيث دفنه، أنه لا حنث عليه.

قالوا: لأن قصده أنَّه من يأخذه غيرها، ومقتضى اللفظ وجوب الحنث.

وحكوا قولين فيمن رفع مالا ثم نظره، فلم يجده، فحلف لزوجته كالأول، ثم وجده عند مصلاه:

أحدهما: الحنث؛ نظرًا إلى مقتضى اللفظ، والفرق بين هذه والأولى: حصول التفريط في هذه.

والثاني: لا حنث عليه؛ نظرًا إلى المقاصد، وكلام المُصَنِّف يأتي على كلام اللَّخْمِيّ، والله أعلم.

(ص): **(ومن حلف ليضربن عبده عددًا سماه، فجمع أسواطًا وضربه بها، لم يَبَرَّ على الأصحِّ)**

(ش): لأنَّ القصد من هذه اليمين الإيلام، وذلك غير حاصل. ونص مالك فيمن حلف ليضربنَّ عبده مائة سوط، فضربه خمسين بسوط له رأسان على الحنث.

اللَّخْمِيّ: والقياس: أن يَبَرَّ بمنزلة ما لو ضربه رجلان خمسين وكان ضربهما معًا، ولعل هذا مقابل الأصح، ولم أر غيره[1].

وفي قياس اللَّخْمِيّ نظر؛ لأنَّ الألم في ضرب الرجلين أكثر، بخلاف السوط الذي له رأسان، واحتجَّ له ابن بشير بقوله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلا تَحْنَثْ﴾

---

(١) ابن رشد: هذا خلاف قولهما إنما على من حلف لا أكلم فلانا عشرة أيام فكلمه مرة بعد مرة فكفارة واحدة، وسماع أشهب: من حلف ليضربن عبده إن أبق، وسماع ابن القاسم: من حلف بطلاق امرأته إن بات عنها، وسماعه فيمن حلف ليضربن امرأته إن خرجت. التاج والإكليل ٤/ ٤٧٧.

[ص: ٤٤]، وهو يتوقَّف على أن شرع من قبلنا شرع لنا، لو ثبت ذلك، لجاز أن يكون ذلك خاصًا بتلك المرأة، وعلى المشهور يستأنف المائة في مسألة الجمع، ويجتزئ بخمسين في مسألة مالك في الرأسين. قاله التُّونُسِيّ.

(ص): **(ومن حلف ليقضينَّ غريمه إلى أجل، فقضاه فاستحق بعده، أو بعضه، أو وجد معيبًا أو ناقصًا أو زيوفًا، حَنِثَ، وهو مُشْكِل)**

(ش): ما ذكره المُصَنِّف هو كذلك في "الْمُدَوَّنَة[1]"، ولا إشكال في الحنث إذا كان الدافع عالمًا بذلك حين القضاء، وأما إن لم يعلم، ففي "الْمُدَوَّنَة": يحنث.

قال المُصَنِّف: (وهو مُشكل) لأنَّ القصد أنه لا يماطل، وقد فعل.

اللَّخْمِيّ: والحنث على مراعاة الألفاظ، ولا يحنث على القول الآخر؛ لأن قصده ألا يلدَّ، قيل: وإنما يحنث إذا استحق العين بعد الأجل، إذا قامت البينة على عين الدنانير والدراهم على القول بأنَّها تتعيَّن، وأمَّا على القول بأنها لا تتعيَّن، أو لم تقم بينة، فلا حنث عليه مطلقًا، أمَّا إذا استحقت بعد الأجل، فلم يأخذها المستحق، فقال ابن كنانة: لا يحنث، وقال ابن القاسم: يحنث، وقال: وكل شيء لو قام صاحبه أخذه مكانه ووفَّاه ساعته، أنفذ.

وصرَّح ابن بشير بالاتفاق على الحنث إذا لم يجز المستحق، وفيه نظر؛ فقد ذكر في "البَيَان " ثالثًا: أنه لا يحنث، وإن لم يحز المستحق؛ لأنَّ الأجل ما مضى إلا وقد قضى الغريم حقه، ودخل في ضمانه.

التُّونُسِيّ: وكذلك يجري القولان: لو باعه بالدين بيعًا، يجب نقضه لفساد، فينقض بعد الأجل، أو رد بعيب، قال: وقد اختلف فيمن حلف ليبيعن عبده إلى أجل فباعه، وانقضى الأجل فرد بعيب، فقيل: قد بَرَّ؛ لأنَّ الأجل قد مضى، وقد كان قبل أن يرد معيبًا، وقيل: يحنث؛ لأنَّه لما نقض فكأنه لم يبعه، وقد فات الأجل، فلا يقدر على بيعه إلا أن يرد عليه قبل مضي الأجل، فيبيعه في بقية الأجل.

وقيل: إن كان عالمًا بالعيب حَنِثْ إن مضى الأجل، يريد: لأنَّه لما دلس دخل على أن البيع لم يتقرَّر بخيار المشتري، وإن لم يدلس بَرَّ.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٨٨.

فَرْعٌ:

قال ابن القاسم في "المجموعة " فيمن اشترى ثوبًا على أن يدفع كل يوم قيراطًا، وحلف على ذلك، ففسدت الفلوس وصارت فلسين بفلس، وكان الفلس فلسًا، قال: يعطيه كما كانت؛ لأنَّه على ذلك حلف.

(ص): **(ولو قضاه عن العين عرضًا لم يحنث، وكرهه)**

(**ش**): الضمير في كرهه عائد على مالك، والكراهة رجع إليها مالك، ففي "الْمُدَوَّنَة[1]": ولو أعطاه قضاء من حقه عرضًا يساوي ما عليه لو بيع لبر، ثم استثقله مالك.

ابن القاسم: وبأول قوليه أقول.

واختلف في علة الكراهة، فقال اللَّخْمِيّ: لأنَّ الظاهر في اللفظ يقتضي إعطاء العين، وقيل: خشية ألا تفي قيمة العرض به.

[وقال] التُّونُسِيّ بعد ذكر القولين: ومثل ذلك لو أقاله، وكانت سلعته التي رجعت إليه تساوي الآن ما بيعت به؛ لأنَّ ذلك كأخذ العرض.

تَنْبِيهٌ:

وهذا إذا حلف ليقضينَّ فلانًا حقه، وأمَّا إن حلف ليقضين فلانًا دنانيره، فهو أقوى في الكراهة. نص عليه اللَّخْمِيّ وغيره، ونقله ابن بشير عن جماعة الأشياخ.

(ص): **(فلو وهبه له حَنِث)**

(**ش**): لعدم حصول القضاء.

اللَّخْمِيّ: وهذا على مراعاة الألفاظ، وأمَّا على مراعاة القصد فلا يحنث؛ لأن القصد ألا يكون منه لدد، وعلى الحنث، فهل يحنث بنفس قبول الهبة وإن لم يحل الأجل - وإليه ذهب ابن حبيب وأَصْبَغ -، أو لا يحنث حتى يحل الأجل ولم يقضه الدين؟

ولو قضاه إياه بعد القبول، وقبل حلول الأجل، لم يحنث، وهو ظاهر قول مالك وأشهب.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٩٠.

فَرْعٌ:

قال ابن القاسم في "العُتْبِيَّة " في الحالف على قضاء الحق، ثم شهد له عدلان بالقضاء: لا ينتفع بذلك في اليمين حتى يقضيه ثم يرد إليه، وكذلك إذا طلبه غريمه بمال عنده، وقد كان قضاه قبل اليمين، فأنكر الطالب، فحلف المطلوب ليقضينه في غد، ثم ذكر الطالب أنَّه كان قضاه أو أبرأه، قال: لا يبرأ حتى يقضيه، ثم يرد إليه.

قال مالك في "العُتْبِيَّة": ومن استسلف من أخيه دراهم، وحلف ليقضينه إلى شهر، فمات المسلِّف والمستلف وارثه، فاستحسن أن يأتي الإمام فيقضيها له ثم يردها إليه، وعن ربيعة ومالك أنَّ الوراثة كالقضاء. ذكره ابن عبدوس، وكله محافظة على اللَّفظ، وإلا فالبساط يقتضي عدم الحنث.

(ص): **(ولو باعه به بيعًا فاسدًا، فإن فاتت قبل الأجل، وفيه وفاء، لم يحنث، وإلا حَنِثَ، وإن لم تَفُت فقولان)**

(ش): أي: فاتت بما يفوت به البيع الفاسد، ولم يحنث مع الفوت إذا كانت قيمتها مساوية؛ لأنَّ المبتاع ملكها حين الفوت، ولزمته قيمتها، فتلك القيمة المساوية للدين قضاء عنه، وإن لم تكن مساوية حَنِث؛ لكونه لم يقضه.

وإليه أشار بقوله: (وإلا حنث)، وإن لم تفت حتى مضي الأجل، فقال سحنون: يحنث، وقال أشهب وأَصْبَغ: لا يحنث، وبه قال اللَّخْمِيّ إذا كانت القيمة مساوية، نظرًا إلى أنَّه قد حصل بيده عوض حقه، ورأى سحنون أن العوضيَّة الشرعيَّة لم تحصل.

(ص): **(ولو غاب بَرَّ بقضاء وكيله، وإلا فالحاكم، وإلا فجماعة المسلمين)**

(ش): أي: فلو غاب المحلوف على قضائه بر الحالف بإعطائه الدين لوكيل صاحبه؛ سواء كان وكيلا مفوضًا أو على التقاضي[1].

وأما وكيل الضيعة؛ ففي "الْمُدَوَّنَة[2]": وإن قضى وكيلا له في ضيعة، ولم يوكله

---

(١) ابن بشير: إن حلف ليقضين غريمه حقه فغاب الغريم بر بقضاء وكيله المفوض إليه، فإن لم يكن له وكيل مفوض إليه فالحاكم العدل، فإن لم يمكنه فجماعة المسلمين، فإن دفع إلى حاكم غير عدل برئ من الحنث ولم يبر من الدين. ابن عرفة: قضاء وكيل ربه نصا أو تفويضا لغيبته كقضائه، فلو عدما وخاف الحنث فالروايات يبر بقضاء السلطان. ابن رشد عن المذهب: ويبرأ. التاج والإكليل ٥/٦٠.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٩١.

رب الحق بتقاضي دينه، أجزأه.

عياض: ظاهره: سواءً كان بالبلد سلطان أو لم يكن؛ وعلى هذا الظاهر اختصرها بعضهم، واختصرها آخرون بأنَّه لا يبَرّ بدفعه إليه إلا عند عدم السلطان أو الوصول إليه، وقد حكى محمد القولين جميعًا، انتهى.

وألحق أبو عمران الصديق الملاطف بوكيل الضيعة، وأشار ابن عبد السلام إلى أن كلام المُصَنِّف إنَّما يحمل على الوكيل المفوض، أو على التقاضي، ولا يصح حمله على كل وكيل ليدخل وكيل الضيعة؛ لأنَّ كلامه يقتضي تقديم الوكيل على الحاكم، وهو لا يصح لفظًا ولا معنًى.

أمَّا الأوَّل: فلأن وكيل الضيعة مخصوص، والاتفاق على أن الوكيل المخصوص لا يتعدَّى نظره القدر الذي جعل له النظر فيه، وأن حكمه فيما عدا ذلك كحكم الأجنبي؛ فإذا أطلق لفظ الوكيل، حمل على الوكيل الذي جعل له ذلك؛ إما بخصوصية كالوكيل على التقاضي، وإما بما يتناوله مع غيره كالمفوض إليه.

وأمَّا الثاني: فلو كان الأمر كما ذكره، لما صَحَّ الدفع إلى الحاكم إلا عند عدم وكيل الضيعة كما في الوكيلين المذكورين، ولا نعلم خلافًا أن وكيل الضيعة متأخر عن وجود الحاكم العدل، إلا ما أشار إليه بعض الأندلسيين في فهم "الْمُدَوَّنَة[1]"، وفيه نظر. انتهى.

وقوله: (وإلا فالحاكم) أي: وإن لم يكن أحد الوكيلين أو كان وغاب، فالحاكم يريد: سواءً كان عدلا أو مجهول الحال، فإنه يقضيه، ويبرأ من الدين ويبر في يمينه. نص عليه محمد.

وإن كان معلوم الجور يخشى منه أكل المال، وعلم ذلك الدافع، بر في يمينه لا من الدين.

محمد: وإن لم يعلم ذلك من الإمام، فلا ضمان عليه.

اللَّخْمِيّ: وأرى أن يضمن ولا يبر؛ لأنَّ الدين في ذمته، وقد أخطأ على نفسه، فإن تعذر الوصول إلى الحاكم العدل، أو لم يكن عدل، أو ما كان حاكم بالكلية، فجماعة المسلمين.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٩١.

ابن عبد السلام: وظاهر كلامه: أنه يدفع الحق إليهم، والمنقول هنا عند عدم الحاكم يشهد الحالف جماعة المسلمين على إتيانه بالحق، ويعلمون اجتهاده في الطلب، فيكونون شهودًا ليتخلَّص من يمينه، ولا يبرأ من الدين بهم؛ إنَّما هم كالحاكم في البر لا في البراءة.

وكذلك قال مالك في "الْمَوَّازِيَّة " وغيرها، فيما إذا لم يجدوا وكيلا على الحق ولا سلطانًا مأمونًا، ودفع لأهل الطالب أو لوكيل ضيعته أو أجنبيّ أنه يبرأ؛ ولكنه يضمنه حتى يصل إلى ربه.

قال: وإن وجد وكيلا بالحق أو سلطانًا مأمونًا، لم يبرأ بالدفع إلى غيرهما. وقاله أشهب.

ولم يتكلَّم المُصَنِّف على الإبراء من الدين، وإنَّما تكلَّم على البر؛ لأنَّه أليق بـ(كتاب الأيمان).

وكلام المُصَنِّف يقتضي: أنه لو أعطى لجماعة المسلمين مع وجود الحاكم لم يبر، وهو مذهب " الْمَوَّازِيَّة " على ما تَقَدَّم.

ابن الموَّاز: وقد قيل: إنه لو دفعه إلى بعض الناس بغير عذر من السلطان وأشهد، لم يحنث.

فروع

الأوَّل: إذا أشهد على الحق كما تقدَّم، ثُمَّ جاء الطالب بعد الأجل فمطله، لم يحنث.

نص عليه سحنون؛ لأنَّ الزمان الذي تناولته اليمين قد انقضى، ولم يحنث فيه.

الثاني: عكس هذا لو غاب الحالف أو مرض أو حبس، فقضى عنه بعض أهله، أو غيرهم من ماله أو من مال الغائب، فقال ابن الماجشون: يَبَرُّ، وقال ابن القاسم: لا يبر.

اللَّخْمِيّ: وهو أبين إذا تأخَّر عن القدوم للقضاء عمدًا[١].

ابن القاسم في "العُتْبِيَّة": وإن قضاه وكيل الحالف بغير أمره، لم يَبَرَّ.

ولو جَنَّ الحالف فقضى عنه الإمام في الأجل، بَرَّ، وإن لم يقض عنه حتى مضى

---

(١) من المدونة قال مالك: إن حلف لا فارق غريمه إلا بحقه ففر منه أو أفلت أو غصب الحالف بربط فهو حانث إلا أن يكون قوله: لا أفارقك كالقائل لا أتركه إلا أن يفر أو أغلب عليه. التاج والإكليل ١٧/٥.

الأجل، لم يحنث عند ابن حبيب، خلافًا لأصْبَغ.

الثالث: قال في "الْمُدَوَّنَة[١]": وإن حلف لرجل لأقضينك حقك إلى أجل إلا أن تشاء أن تؤخِّرني، فمات الطالب، فإنَّه يجزئه تأخير ورثته إن كانوا كبارًا، أو وصيه إن كان ولده أصاغر ولا دين عليه، وإن كان عليه دين، لم يكن لوصيّ أو وارث تأخير مع الغرماء، ويجزئه تأخير الغرماء إن أحاط بماله على أن تبرأ ذمَّة الميت.

(ص): **(ومن حلف لا فارق غريمه إلا بحقه فَفَرَّ منه الغريم، حَنِثَ على المشهور: وقيل: إلا أن يُفرِّط، ولا فارقتني وفارق، حَنِثَ)**

(ش): أي: إن فرَّط حَنِثَ اتفاقًا، وإن لم يفرط فالمشهور - وهو قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[٢]" - الحِنْث.

وقال ابن المواز: لا يحنث، ويحلف بالله ما هذا الذي أراد إذا أكره.

اللَّخْمِيّ: وجواب محمد على مقتضى اللَّفظ، وجواب ابن القاسم على أنَّه قصد التضييق عليه حتى يأخذ حقه، وقد فات ذلك، انتهى.

وزاد في "الْمُدَوَّنَة[٣]" - بعد حكمه عليه بالحنث -: إلا أن يكون قوله: لا أفارقك؛ كالقائل: لا أتركه إلا أن يفر أو أغلب عليه، فلا شيء عليه.

ابن عبد السلام: واستحسن الشاذ لوجهين:

أولهما: أنَّه أُجري على الأصل؛ إذ الغريم أكرهه على الفرار.

الثاني: أنَّه ذكر في "الْمُدَوَّنَة[٤]" إثر هذه المسألة: إذا قال لامرأته: أنت طالق إذا قبلتك أو ضاجعتك، فقبلته أو ضاجعته من ورائه وهو نائم، لم يحنث، إلا أن يكون منه استرخاء لها، وفي كل منهما قد حلف على ترك الفعل، وقد أكره على ذلك الفعل.

وأجيب عن الأول بأنّ الكلام محمول على معناه، وكأنَّه حلف لأضيقنَّ عليك تضييقًا يمنعك من الفرار حتى أقبض حقي، فيكون حلفه على ثبوت الفعل ما هو كذلك، لا أثر للإكراه فيه على المشهور، وعلى الثاني: لا نسلم أنه صدر من النائم تقبيل البتة.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٩٣.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٩٤.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٩٤.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٥٩٦.

وذكر أبو عمر الإشبيليّ: أنَّ الشيوخ كانوا يقيمون من مسألة الفِرَار: من شرط لامرأته في العقد إذا غاب أكثر من ستة أشهر، فأمرها بيدها، فغاب أكثر منها مكرهًا؛ فإنها يُقْضَى لها بالشرط، إلا أن يستثنى الإكراه.

وأقام أيضًا بعضهم من قوله: إلا أن يكون... إلخ.

أن الاستثناء لا تجزئ فيه النِّيَّة، اللهمَّ إلا أن تحمل "الْمُدَوَّنَة[1]" على المحاشاة.

قوله: (ولا فارقني وفارق) أي: يحنث باتفاق كحلفه من فعل البر.

فَرْعٌ:

فلو أحاله على غريم له، ففي "الْمُدَوَّنَة[2]" يحنث.

ابن يونس: قال بعض فقهائنا: وإذا حلف ألا يفارقه وله عليه حق، فأحاله بحقه، ثم افترقا، فلا حنث عليه؛ لأنَّه فارقه ولا حق عليه للحوالة الواقعة بينهما، قال: وهو منصوص لأهل المذهب، وليس كمن حلف ألا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه.

ابن يونس: الظاهر: أنَّهما سواء؛ لأنَّه إذا فارقه ولا حق عليه، فقد استوفى حقه.

(ص): (**ومن حلف لا يترك من حقه شيئًا، فأقال وفيه وفاء، لم يحنث، ولو أخر الثمن فقولان**)

(ش): لأنَّه إذا أقاله وفيه وفاء، لم يترك شيئًا، وهل يكره ذلك أم لا؟ فيه ما تقدَّم من الخلاف، والذي رجع إليه مالك: الكراهة، واختار ابن القاسم نفيها، وإن لم يكن فيه وفاء، يحنث بلا خلاف، قاله في "البَيَان " ابن أبي حازم، في "الْمُدَوَّنَة[3]": إلا أن يكون حلف ألا يضع له، وهو ينوي الإقالة، فإن نوى أن يقيل ولا يضع، فلا شيء عليه، وقال ابن القاسم: لا تنفعه النِّيَّة إلا أن يكون تكلَّم بها حين حلف.

قال في "البَيَان": وقول ابن القاسم صحيح؛ لأن الاستثناء لا بد فيه من التلفظ باتفاق، وهذه المسألة من ذلك، وكأنَّه قال: لا أضع عنك من ثمنها شيئًا إلا أن أقيلك منها.

ابن عبد السلام: وهذا إذا كانت الإقالة بعد حلول الأجل، وأما إن كانت قبل حلوله، فقال ابن القاسم وأشهب: إن كان رأس المال مثل ثمن الطعام الذي في الذمة،

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٩٧.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٩٧.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٩٩.

لم يحنث، وفسره ابن أبي زيد بأن يكون مثل قيمته يوم الإقالة.

قوله: (فإن أخَّر الثَّمن، فقولان) اختار اللَّخْمِيّ نفي الحِنْث إذا أنظره بالثمن؛ أي: لأنه يعد حسن معاملة، لا إسقاطًا من الحق، ولأنَّ العرف في هذه اليمين إنَّما يُرَاد بها ترك شيء من نفس الثمن.

واختار ابن عبد السلام الحِنْث؛ لأنَّ حقه في الدين وتعجيله، ألا ترى أن الأجل له حصَّة من الثمن، وهذا القول رواه ابن وهب عن مالك.

قال في "البَيَان": ولو حلف ألا ينظره فوضع عنه، لم يحنث، ولا أعلم في ذلك خلافًا.

(ص): (ومن حلف ليضربنَّ عبده فمات، أو ليذبحنَّ حَمَامة فماتت، لم يحنث إلا أن يُفَرِّط، فلو سرقت أو غُصبت أو استُحقت، فقولان، ولو حلف ليطأنَّها فوجدها حائضًا، فقولان، ولو وطئها، فقولان)

(ش): اعلم أن من حلف ليفعلن شيئًا فتعذَّر فعله، فإما أن يكون الفعل مؤقتًا أو لا.ابن بشير: فإن كان غير مؤقت بأجل؛ فإن فرط حتى تعذَّر الفعل، فلا خلاف أنَّه حانث، وإن بادر فلم يمكنه الفعل، فكما لو كان مؤقتًا، انتهى[1].

---

(١) والحالف ليضربن عبده مائة سوط فيجمعها ويضربه بها ضربة واحدة لم يبر وقاله ابن حنبل لأنه ضرب بمائة سوط ولم يضربه مائة سوط وكذلك لو ضربه بسوط له رأسان خمسين أو ضربه ضربا غير مؤلم لأن العرف يفرق بين الضرب والمس بالإيلام.

الرابع في الكتاب الحالف ليقضينه حقه إلى أجل فقضاه فوجد فيه نقصا بينا أو دانقا لا يجوز واستحق من يده فطالبه بعد الأجل حنث والحالف لا يفارقه إلا بحقه فأحاله ثم وجد فيه ما ذكرناه بعد المفارقة يحنث ولو أعطاه عرضا يساويه بر ثم استثقله مالك وبالأول قال ابن القاسم والحالف لا يفارقه إلا بحقه ففر منه أو أفلت حنث إلا أن يكون معنى قوله لا أتركه إلا أن يفر أو أغلب عليه.

الخامس في الجواهر الحالف لا يفارق غريمة إلا بحقه لا يبر بالكفيل والرهن والحوالة والحالف لا يفارقه إلا بنفقة يبر بالثلاثة والحالف لا يفارقه وبينه وبينه معاملة يبر بالحوالة دون الكفيل والرهن.

السادس قال ابن يونس الحالف ليبيعن عبده إلى أجل فباعه قبل الأجل فرد بعيب ففي تحنيثه أقوال ثالثها التفرقة بين علمه بالعيب فيحنث أو عدم علمه فلا يحنث وقال عبد الملك الحالف لا ينفعه ما عاش فمات فكفنه حنث لأن الكفن من توابع الحياة وكذلك لو حلف لا يدخل عليه ما عاش. الذخيرة ٣٣/٤.

والمؤقت ينقسم تعذُّره إلى ثلاثة أقسام: إما أن يكون عقلا، أو عادة، أو شرعًا. فالعقلي كتعذر ذبح الحمام المحلوف بذبحها؛ إذ الذبح في الميت يتعذَّر، فلا خلاف منصوص أنَّه لا يحنث، وخرج اللَّخْمِيّ قولا بالحنث من المتعذر شرعًا.

وأما العادي؛ فكما لو حلف ليذبحنَّ الحمامة غدًا، فسرقت أو غصبت أو استحقت، فذكر المُصَنِّف أيضًا قولين، ومذهب "الْمُدَوَّنَة[1]": الحنث.

وأما الشرعي؛ فكما لو حلف ليطأنها الليلة، فوجدها حائضًا، أو ليبيعن الأمة، فوجدها حاملا، وذكر المُصَنِّف أيضًا قولين، ومذهب "الْمُدَوَّنَة[2]": الحنث.ونص سحنون في مسألة البيع على عدم الحنث.

ووقع لابن القاسم وابن دينار فيمن حلف ليطأن امرأته الليلة، فقام فوجدها حائضًا، إن فرط قدر ما يمكنه الوطء قبل أن تحيض، حَنِث، وإن لم يفرِّط، فلا شيء عليه، اختاره ابن حبيب.

ابن يونس: وقال بعض أصحابنا: وإنَّما فرق ابن القاسم بين الموت والسرقة والبيع؛ لأن الفعل في الميت لا يمكن البتَّة، بخلاف السرقة والبيع؛ لأنَّ الفعل يمكن، ومنع الشرع منه، والعادة لا تمنع بعض الحالفين من قصده، فلا يعذر بفعل السارق ونحوه؛ لأنَّ من أصل ابن القاسم لا يعذر بالإكراه والغلبة، إلا أن ينوي ذلك.

ابن بشير: وهذا الخلاف إنَّما هو إذا أطلق اليمين، وأمَّا لو نص فقال: سواء قدرت على الفعل أم لا، فلا يُختلف في حنثه، ولو قال: إنما أحنث إذا أمكنني فلم أفعل، فلا يختلف في نفي حنثه.

قوله: (ولو وطئها فقولان) أي: هل يبر أم لا؟ بناءً على حمل اللفظ على المفهوم اللغوي وقد وجد، أو الشرعي وهو لم يوجد، وأيضًا فهل الممنوع شرعًا كالمعدوم حسًّا أم لا؟ أمَّا لو حلف ألا يطأها فوطأها حائضًا، فنص ابن دينار على أنَّه يحنث، ولا ينبغي أن يختلف فيه.

وحكى اللَّخْمِيّ وغيره في بر الحالف ليأكلن هذا الطعام، فتركه حتى يفسد ثم أكله، قولين: الحِنْث لمالك من رواية ابن نافع، قال: لأنَّه خرج عن الطعام، وعدمه لابن القاسم.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٠.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٠.

ابن القاسم: وإن حلف لزوجته لتأكلن هذه البضعة فخطفتها هِرَّة، فشقت جوفها فأكلتها، أنَّه لا يحنث، إلا أن يكون بين أخذ الهرة إياها وبين يمينه قدر ما يتأتَّى أخذها.

وقال أشهب وابن دينار في الحالف ليشترين لزوجته بهذا الدينار ثوبًا، فخرج به لذلك فسقط منه: فإن كان أراد الدينار بعينه؛ فقد حَنِث، وإن أراد الشراء به أو بغيره، فليشتر بغيره ولا يحنث.

(ص): (ولو حلف لا أُعيره فوهبه، أو لا أهبه فأعاره أو تصدَّق به، حَنِث)

(ش): قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": ومن حلف لا يهب فلانًا هبة فتصدَّق عليها، حَنِث، وكل هبة بغير ثواب فهي كالصدقة، وكذلك كل ما نفع به من عارية أو غيرها؛ إلا أن تكون له نِيَّة في العارية؛ لأنَّ أصل يمينه على المنفعة.

وفي "العُتْبِيَّة " في امرأة حلفت في عبد لها لتبيعنَّه ولا تهبه، فأرادت أن تتصدَّق به على ولدها، فقال: لا يعجبني ذلك، وأرى هذا على نحو الهبة.

قال في "البَيَان": وهذا كما قال وهو بيّن؛ لأنَّ الهبة تعتصر والصدقة لا تعتصر، فإذا حنث بالهبة، فالصدقة أحرى أن تحنث بها، ولا تنوي في ذلك إن ادعت نية، وكانت يمينها مما يحكم به عليها.

ولو حلفت ألا تتصدَّق به فوهبته لابنها - وهو ممَّن له أن تعتصر منه -، فادَّعت أنَّها إنَّما حلفت على الصدقة من أجل أنَّها لا تعتصر، لوجب أن تنوي في ذلك. انتهى.

أما إن لم يكن اعتصار فلا تنوي فيما بين الصدقة والهبة مطلقًا، وتنوي إن حلفت عليها في العارية.

ابن الماجشون: وإن حلف ألا يصل رجلا حنث بالسلف والعارية وكل منفعة.

ابن حبيب: وإن حلف لا أسلفه، لم يحنث إن أعاره أو وَصَلَهُ، فقد يكره السلف للمطل إلا أن ينوي قطع منافعه عنه.

وفي "الْمَوَّازِيَّة": الحنث فيمن حلف لا نفعه بمنافعه، ثُمَّ أوصى له ورجع عنها وصَحَّ، فقد حنث، ولو وجده مع رجل يشتمه فنهاه عنه، فلا يحنث، فلو وجده متشبثًا به فمنعه منه حنث، ولو أثنى عليه عند من أراد مناكحته أو مبايعته لأجل ذلك، حَنِث، وكذلك إن أثنى عليه سوءًا عند من أراد قبول حمالته فتركه، إن أراد بذلك صرف

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٢.

الحمالة عنه ونفعه بذلك، حَنِث، وإلا فلا حِنْث عليه بذلك.

(ص): **(ولو حلف لا آكل لحمًا أو بيضًا أو رءوسًا، ففي حِنْثِهِ بلحم الحيتان وبيضها ورءوسها قولان لابن القاسم وأشهب)**

(ش): ما ذكره عن ابن القاسم هو في "الْمُدَوَّنَة[١]"، قال: إلا أن تكون له نيَّة، وقال أشهب في "المجموعة": لا يحنث في اللَّحم والرءوس إلا بلحم الأنعام والأربع ورءوسها، إلا أن ينوي اللُّحوم كلها[٢].

وفي نقل المُصَنِّف عنه في البيض قصور، فإنه قال: يحنث في كل بيض استحسانًا، والقياس: قصر يمينه على بيض الدجاج. واختار الحذاق قول أشهب لجريانه على العرف، واعتبر ابن القاسم عموم اللفظ، وناقضه التُّونُسِيّ بقوله: إذا حلف ألا يدخل عليه بيتًا، لا يحنث بالمسجد.

ابن يونس: وأرى أن النِّيَّة تنفعه على القول الأول، وإن كانت يمينه بطلاق وعليه بَيِّنَة.

وعورض قول ابن القاسم وأشهب هنا بقولهما فيمن وكَّل رجلا يشتري له ثوبًا فاشترى ما لا يليق بالآمر، فإن ابن القاسم قال: إنه غير لازم للآمر، ورأى أشهب لزومه له، فراعى ابن القاسم العُرف في الوكالة دون الأيمان، وعكس أشهب. وأجيب بأنه لا يلزم من اطِّراد العُرْف في وجه أو في مسألة اطِّراده في مثل ذلك؛ لجواز جريان العُرف في أحدهما دون الآخر، والقياس لا يجزئ في المسائل العُرْفية.

ابن الماجشون: ومن حلف لا آكل اللَّحم، فإنَّه يحنث بما يأكل من الشاة؛ من كرش، أو أمعاء، أو دماغ، وغيره.

ابن حبيب: وإن حلف لا آكل خبزًا؛ حنث بأكل الكعك، وإن حلف لا آكل كعكًا، لم يحنث بأكل الخبز؛ لأنَّ هذا أخصّ والأوَّل أعمّ.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٣.

(٢) (و) حنث بأكله (عسل الرطب في) حلفه على (مطلقها) أي مطلق اللحم والبيض والعسل بأن قال: لا آكل لحما أو بيضا أو عسلا من غير تقييد بلفظ أو نية أو بساط (و) حنث (بكعك وخشكنان) بفتح الخاء المعجمة وكسر الكاف كعك محشو بسكر (وهريسة وإطرية) بكسر الهمزة وتخفيف التحتية قيل هي ما تسمى في زماننا بالشعرية، وقيل: ما يسمى بالرشتة (في) حلفه على ترك أكل (خبز) قالوا: وما ذكره المصنف لا يجري على عرف زماننا والجاري عليه عدم الحنث بما ذكر. الشرح الكبير ١٤٣/٢.

وفي "كتاب ابن المواز": وإن حلف لا يأكل غنمًا حَنِث بالضَّأن والمعز؛ لأنَّ الاسم يجمعهما، فإن حلف على أحدهما، لم يحنث بالآخر للاسم الأخص به، وكذلك من حلف ألا يأكل دجاجًا، فأكل دجاجة أو ديكًا، حَنِث للاسم الجامع، وإن خصَّ أحدهما فحلف على ديك، لم يحنث بالدجاجة، وكذلك على العكس.

وحاصله: أن من حلف على الأعم يحنث بالأخص دون العكس.

(ص): **(وكذلك لا آكل خبزًا فأكل نحو الإطرية الهريسة والكعك)**

(ش): نحوه لابن شاس، وظاهره: أنه يحنث بذلك عند ابن القاسم، لا عند أشهب.

ابن عبد السلام: ولم أقف لأشهب في ذلك على شيء. ونص ابن حبيب على الحنث بالخشكنان في الحالف لا آكل خبزًا.

(ص): **(لا يأكل عسلا، فأكل عسل الرُّطب)**

(ش): قال في "الجواهر": ولو حلف لا آكل عسلا فأكل عسل الرطب، فالمنصوص لابن القاسم: يحنث، إلا أن تكون له نيَّة، أجرى الشيخ أبو محمد على مذهب أشهب نفي الحنث، ويقع في بعض النسخ عوض (الرطب): (القصب)، وهو إنَّما يأتي في غير بلاد مصر التي فيها عسل القصب قليل؛ كبلاد المغرب، وأمَّا المصري؛ فيبغي أن يحنث بعسل القصب اتِّفاقًا؛ لأنه المعروف عندهم.

(ص): **(ومنه لو حلف لا أُكلِّمه فسلَّم عليه في الصلاة، وقال اللَّخْمِيّ: لا خلاف فيما يُخرج به من الصلاة)**

(ش): أي: ومن الأصل المختلف فيه فيحنث عند ابن القاسم، ولا يحنث عند أشهب، والمنقول هنا عن ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[1]" عدم الحِنْث، قال فيها: لأنَّ السلام لا يعدُّ كلامًا.

اللَّخْمِيّ: ومن حلف لا أكلِّم فلانًا فسلَّم عليه، حَنِث، وإن كانا في صلاة، لم يحنث الحالف بالتسليمة الأولى كان الحالف إمامًا أو مأمومًا، واختلف في التسليمة الثانية، فقال مالك في "الْمُدَوَّنَة[2]": لا حنث على الحالف إذا كان مأمومًا فرد على الإمام.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٣.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٥.

وقال في "كتاب محمد": يحنث، وقال أيضًا: إن كان الإمام الحالف، فسلَّم تسليمتين، حَنِث.

وقال ابن ميسر: لا يحنث، وهذا الخلاف إذا كان المأموم عن يسار الإمام وأسمعه؛ لأنَّ ثانية الإمام يشير بها إلى اليسار، فلم يحنث بالأولى؛ لأنَّ القصد بها الخروج من الصلاة، وهو الذي يعرفه النَّاس في المراد بها، وحَنِثَ بالثانية على القول بمراعاة الألفاظ، ولأنَّ السلام كلام، ولم يحنث على القول بمراعاة المقاصد. انتهى.

فتحصَّل لنا من كلامه الاتفاق على عدم الحنث في الأولى، كما نقل المُصَنِّف عنه، وكذلك صرَّح في "البَيَان " بالاتفاق على عدم الحنث بالتسليمة الأولى، وأن الخلاف في الإمام والمأموم إذا سلَّم على يساره، والمحلوف عليه على اليسار وأسمعه.

فروع

الأول: قال ابن الموَّاز: وإذا تعايى الحالف فلقَّنه المحلوف عليه، لم يحنث، وأما إذا تعايى المحلوف عليه فلقنه الحالف فقد حَنِث.

قال في "البَيَان": ولا خلاف في ذلك.ابن عبد السلام: وقال بعض الشيوخ: واختلف في تحنيثه.

محمد بن عبد الحكم: وإن حلف لا تكلمت فقرأ القرآن، لم يحنث.

الثاني: قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": ولو سلَّم الحالف على جماعة وفيهم المحلوف عليه في ليل أو نهار، حنث، علم به أو لم يعلم إلا أن يحاشيه.

ابن الموَّاز: ولو مَرَّ على المحلوف عليه وحده في ليل وهو ينوي إن كان غيره، فقد حَنِث، ولا ينفعه ما نوى، إلا أن يكونوا جماعة فيحاشيه، قال: ولو رأى بعض القوم فسلَّم على من رأى منهم، أو سلم عليهم، فلم ير معهم المحلوف عليه، لم يحنث؛ لأنَّه إنَّما سلم على من عرف، وأما إن لم يعرفهم أو لم يعرف إلا بعضهم، فسلم على الجميع، ولم يحاشه، فقد حَنِث.

الثالث: لو حلف لا أكلمه فأشار إليه، ففي "العُتْبِيَّة": لا يَحْنَث، وقال ابن الماجشون: يحنث.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٦.

الرابع: لو حلف لا أكلمه ثُمَّ أتبع كلامه بشيء يدل على تأكيد اليمين، فهل يحنث به أم لا؟

قال ابن القاسم بالحنث فيمن قال لزوجته: إن كلمتك حتى تفعلي كذا، فأنت طالق، اذهبي الآن. وقال ابن كنانة وأَصْبَغ: لا يحنث.

وقال ابن القاسم: وقضى لي فيها مالك على ابن كنانة، وناقض أَصْبَغ قول ابن القاسم في هذه المسألة بما قاله في أخوين حلف كل منهما لا أكلم الآخر حتى يبدأه الآخر، أنه ليست يمين الثاني تبدية بالكلام. وقاله ابن كنانة، وذهب سحنون وابن نافع إلى أن يمين الثاني تبدية بالكلام، وقد انحلَّت اليمين عن الأول، ثُمَّ يبدأ الأول فيكلِّم الثاني، ثُمَّ يكلمه الثاني إن شاء ولا شيء عليه.

وأجيب بأن قوله: (فاذهبي الآن) بعد قوله: لا كلمتك، إنما يظهر أثره في التحنيث، وهو يكون بالأقل.

وأمَّا مسألة الأخوين؛ فإنما تظهر ثمرة كلام أحدهما للآخر في البر، ومقصود كل منهما: إنما هو إظهار الاستغناء عنه مقابلا لذلك الترفه، وهو ضد الانكسار.

وفي "العُتْبِيَّة" عن ابن القاسم فيمن حلف لآخر بالطلاق لا كلمتك حتى تبدأني، فقال له الآخر: إذًا والله لا أبالي، فليس ذلك تبدية، وهو مثل قوله في مسألة الأخوين.

وله أيضًا في "العُتْبِيَّة" و"المجموعة": إن كلمتني حتى تقولي لي إني أحبك فأنت طالق، فقالت: عفا الله عنك، نعم أنا أحبك، فقد حَنِث، وهذا مثل قوله في الأولى: فاذهبي الآن.

(ص): (وفيها: ولو حلف لا كسى امرأته هذين الثوبين، ونيَّته: **أن لا يكسوها إياهما جميعًا، حَنِثْ بواحد، وهو مُشكِل حتَّى تأوَّل على الجمع والتفريق**)

(ش): تصوُّر المسألة واضح، ووجه الإشكال بيِّن؛ لأنَّ حنثه مع أنَّه نوى خلاف ذلك، والقاعدة: أن النِّيَّة مقدمة، ولقوة الإشكال عند المُصَنِّف قال: (حتى تأوَّل على الجمع والتفريق) أي: لا يكسوها إياهما مجتمعين أو مفترقين، وهذا التأويل للشيخ أبي محمد التُّونُسِيّ وغيرهما، وفيه نظر؛ لأنَّه خلاف ما يدَّعيه الحالف، وأشار ابن عبد السلام إلى أنَّه يمكن توجيه المسألة بما تقرَّر أنَّه يحنث بالبعض؛ لأنَّ غاية نيَّة الجمع أن تجري مجرى التنصيص على ذلك، وغاية التنصيص عليه أن يجري مجرى التأكيد فيما إذا قال: والله لا أكلت هذا الرغيف كله، ولو قال ذلك لحنث بالبعض،

كما تقدَّم.

خليل: وفيه نظر؛ لأنَّ ذلك إنَّما هو مع عدم النِّيَّة، والله أعلم، والأظهر: أن يحمل قول مالك على ذلك إذا كانت على يمينه بينة وروفع، وأمَّا إذا جاء مستيقنًا، فينبغي أن يتَّفق على قبول ما ادَّعاه.

فَرْعٌ:

الحالف لا يأكل خبزًا ولا إدامًا، لا يحنث بأحدهما عند أشهب؛ لأن العادة الجمع، بخلاف ما في "الْمُدَوَّنَة[1]".

ابن حبيب: الحالف لا يأكل فاكهة يحنث برطبها ويابسها؛ من العنب، والتمر، والرمان، والقثاء، والبطيخ، والجزر، والفول، والحمص، والجلبان، إلا أن تكون له نيَّة خَصَّ بها نوعًا، أو بساطًا يدل على ما ذكر. وذكر ابن الموَّاز نحو قول ابن حبيب، وقال: وإذا حلف على رطبها ويابسها.

ابن يونس: وهو أجود، إنَّما يحنث في اليابس إذا ذكره أبو محمد، وإن حلف ألا يأكل إدامًا، فما ثبت في معرفة الناس أنَّه إدام، فلا يأكله، قال: ولا أرى أن الملح من الإدام، وإن كان بعض العلماء قاله، وأحنثه به.

(ص): **(وإن حلف لينتقلن أُمِرَّ، ولم يحنث بالبقاء)**

(ش): يعني: ولم يقيد يمينه بمدة، وأما لو قيدها بزمان ومضى، لحنث، نعم هو على بر إليه، وما ذكره المُصَنِّف هو كذلك في "الواضحة"[2].

وفي "الْمَوَّازِيَّة " فيمن سكن في منزل امرأته، فمنَّت عليه، فحلف بالطلاق لينتقلن،

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٦.

(٢) قال ابن رشد: إن أراد إذا حلف بجميع ذلك أن يحنث نفسه في الطلاق وحده فيطلق امرأته واحدة كما حلف ليرتجع ويطأ كان ذلك له، فإن بر بالتزويج قبل الموت سقط عنه المشي والصدقة، وإن لم يبر حتى مات كانت الصدقة في ثلث ماله لأن الحنث إنما وجب عليه بعد الموت.

ولم يكن على ورثته شيء في المشي إلا أن يوصي به فيكون من الثلث.

هذا هو المشهور.

وقيل في الحالف: ليفعلن إنه على التعجيل ويحنث إن أخر فعل هذا الذي حلف ليفعلنه.

وهو قول ابن كنانة وابن القاسم عن مالك في المدونة في الحالف لينتقلن أنه إن لم ينتقل تلك الساعة حنث انتهى. التاج والإكليل ٤٩٨/٤.

ولـم يؤجل أجلا، فقال: إن أقام ثلاثة أيام يطلب منزلا، فلم يجد أرجو ألا شيء عليه، قيل: فإن أقام شهرًا، قال: إن توانى في الطلب حَنِث، وليس بخلاف لما في هذا من بساط المنة.

ابن حبيب: وإذا انتقل، وأقام قدر الشهر، فله أن يرجع.

ابن الماجشون: ولا أحبُّ له أن ينتقل على نيَّة شهر، لكن على غير توقيت، ثُمَّ إن بدا له بعد شهر رجع.

ومثل قول ابن الماجشون لمالك في "العُتْبِيَّة" و"الْمَوَّازِيَّة"، ولابن القاسم: إن رجع بعد خمسة عشر يومًا لم يحنث، والشهر أحبُّ إليَّ.

ابن الماجشون: وكذلك إن حلف ليخرجن فلانًا من داره فأخرجه، فله ردُّه بعد شهر، وهذا كله إذا قصد ترهيب جاره ونحو ذلك، وأما إن كره مجاورته فلا يساكنه أبدًا، وكذلك ينبغي في مسألة المنَّة أنَّه إن رجع إليه حَنِث.

تَنْبِيهٌ:

وقع في بعض النسخ: (ومن حلف لينتقلن إلى أمد أُمِرَّ ولم يحنث بالبقاء)، وهو الواقع في نسخة ابن راشد، قال: وذكره الأمد في مسألة (لينتقلن)، لا يستقيم مع قوله بخلاف (لا سَكَنْتُ)، وإنَّما ذكره غيره المسألة بغير أمد.

خليل: وفيه نظر، والظاهر أنه لا فرق بينهما، ووقع في نسخة ابن عبد السلام الأمد أيضًا، وفسرها على وجه آخر، فقال: معناه: أن الحالف على أن ينتقل من منزله أو داره إلى أمد، فله أن يمكث في ذلك المكان المحلوف عليه إلى أقرب انقضاء ذلك الأجل، وإنَّما يحنث بانقضائه.

(ص): (**بخلاف لا سكنت** ما لم يبادر، **وفي بقائه دون يوم وليلة قولان**)

(ش): أي: فإنه يحنث ما لم يبادر؛ لأنَّ دوام السُّكنى بحسب العرف سُكنى.

قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": يخرج ولو في جوف الليل، إلا أن ينوي إلى الصباح، وإن تغالوا عليه في الكراء ووجد منزلا لا يوافقه، فلينتقل إليه حتى يجد سواه، فإن لم يفعل حَنِث. وقال أشهب: لا يحنث بإقامة دون اليوم والليلة، وأَصْبَغ لا يحنِّثه حتى يزيد على اليوم والليلة.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٨.

اللَّخْمِيّ: وما قاله في "الْمُدَوَّنَة[1]" مبنيٌّ على مراعاة اللفظ، ومن راعى العادة كان له أن يمهل إلى الصباح، واستحسن الفاسي قول أشهب، وأفتى به لما في "الْمُدَوَّنَة" من الحرج.

التُّونُسِيّ: وانظر إذا حلف لا يساكنه فابتدأ في النقلة، فأقام يومين أو ثلاثة ينقل قشه لكثرته، ولأنَّه لا يتأتَّى نقله في يوم واحد، فينبغي ألا شيء عليه؛ لأنه المقصود في اليمين.

وانظر لو كان له في الدار مطامير وقد أكرى الدار، هل ينقل ما في المطامير؟ وينبغي - إن كانت المطامير لا تدخل في الكراء إلا باشتراط، وأن الناس يكرون المطامير وحدها لخزن الطعام - أن لا تدخل في اليمين، وأن له تركها إذا كان قد أكرى المطامير على الانفراد، ثُمَّ سكن، أو سكن ثم أكرى، إلا ألا يثق بالمطامير أن تبقى إلا بمكان سكناه، فينبغي أن ينقلها مع قشه. انتهى.

(ص): **(ولو أبقى رحله حَنِث على المشهور إلا فيما لا بال له)**

(ش) المشهور في "الْمُدَوَّنَة[2]"، قال فيها: ويرتحل بأهله وولده وجميع متاعه، فإن أبقى متاعه حَنِث، والشاذ رواه أشهب.

اللَّخْمِيّ: أراه تأوَّل في ذلك قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ﴾ [النور: ٢٩].

وقوله: (إلا فيما لا بال له)؛ أي: فلا يحنث على المشهور؛ كالمسامير والأوتاد، وكذلك نص عليه ابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة"، زاد ابن وهب في "العُتْبِيَّة " إذا كان لا يريد الرجوع إليه، وتنازع الشيوخ: هل ابن القاسم موافق له على ذلك أم لا؟

أمَّا لو ترك هذا اليسير ناسيًا، فقال ابن القاسم: لا يحنث، وحنثه ابن وهب[3].

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٩.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٠٩.

(٣) المعنى مختلف فالمعنى بالنسبة للأول أنه يحنث بإبقاء رحله وبالنسبة للثاني أنه لا يبر بانتقاله حيث أبقى رحله ولكن الظاهر ما قاله الشارح وقال محشي تت وظاهر كلامهم أنه لا يحنث ببقاء متاعه في لأنتقلن وتسوية الأجهوري بينهما عهدته عليه انتهى ومحل الحنث بإبقاء الرحل إذا كان في محل السكن أو ما هو في حكمه مما يدخل في عقد الإجارة بغير شرط وأما ما لا يدخل إلا بشرط كالمطامير فإنه لا يحنث بإبقاء ما خزنه فيها بها مع أنه من جملة الرحل وأن لا يكون في نقله فساد فلا يحنث بإبقاء ما في نقله فساد كثمر شجر بالدار في قطعه فساد وأن يكون =

وفي "الْمَوَّازِيَّة " لابن القاسم: لو تصدَّق بمتاعه على صاحب المنزل أو غيره، فتركه المتصدِّق عليه في المنزل، لم يحنث، وهو ظاهر إذا لم يطمع المتصدِّق عليه، وأما إن طمع؛ ففي ذلك نظر.

(ص): **(ولو حلف لا سكن فَخَزَنَ، لم يحنث، وقال اللَّخْمِيّ مثلها)**

(ش): لفظ اللَّخْمِيّ: وكذلك إن حلف لا يسكنها فاختزن فيها، حنث عند ابن القاسم، ولم يحنث عند أشهب.

وظاهره: أن الخلاف منصوص، وحمله ابن بشير على أنه أجزاء منه، وقال: ولعل هذا لا يختلف فيه أنَّه لا يحنث؛ لأنَّ الخزين إذا انفرد لا يعد سكنى، وإنما يعد ابن القاسم بقاء المتاع سُكنى إذا كان تابعًا لسُكنى الأهل، وإذا انفرد لم يعده سُكنى. انتهى.

وكأنَّ المُصَنِّف مال إلى كلام ابن بشير، والأقرب فيها عدم الحِنْث؛ لأنَّه لا يقال في العرف في المختزن بموضع أنَّه ساكن فيه.

فَرْعٌ:

قيل: وإن حلف ليسكننها، لم يَبَرَّ، إلا أن يسكنها بنفسه ومتاعه وعياله.

اللَّخْمِيّ: وأرى أن يَبَرَّ وإن لم يسكن بمتاعه.

(ص): **(ولو حلف لا آكل من هذا القمح، أو من هذا الطَّلع، أو من هذا اللحم، فأكل خبزه، أو بُسْره، أو مَرَقَتَهُ، حَنِث)**

(ش): عبر بعضهم عن هذا الفصل بالحلف على ترك الأصول، هل يحنث بالفضول؟ وبعضهم بالحلف على ترك الأمهات، هل يحنث بالبنات؟ وكأنهم رأوا أنه لمَّا عرَّف وأتى باسم الإشارة ومن، فإنه قصد ألا يأكل شيئًا من الأبعاض التي اشتملت عليها الماهية.

وألحق في "الْمُدَوَّنَة[1]" بالخبز: السويق، واستحسن أشهب عدم الحنث بالبسر إذا

=

حلفه لقطع المنة ونحوه كالخروج من كراء رب الدار وأما لما يدخل بينه وبين الجيران فلا حنث، ومن جملة رحله متاع زوجته الذي ينتفع به وإلا كان كالذي تتجر به فلا حنث ببقائه (قوله وأبقى ماله بال) إشارة إلى أن المراد بالرحل ما هو بال وهو ما يحمل الحالف على رجوعه له أو طلبه إن تركه (قوله فلو قال وهل إلخ) أي وهل عدم الحنث مطلقا نوى العود أو نوى عدمه أو لا نية له أو عدم الحنث إلا أن ينوي العود. شرح خليل للخرشي ٢٨٦/٥.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦١١.

حلف ألا يأكل من هذا الطلع لبعد البسر من الطلع في الاسم والمنفعة والطعم.

قال فيها: وإن حلف ألا يأكل من هذا اللبن فأكل من زبده أو جبنه، إلا أن تكون له نيَّة.

ولو حلف ألا يأكل من هذه الحنطة أو من هذا الطعام، فلا يأكل ما اشتري بثمنها من طعام، ولا ما أنبتت الحنطة إن نوى وجه المن، وإن كان لشيء في الحنطة من رداءة أو سوء صنعة في الطعام، لم يحنث بأكل ما ذكرناه، انتهى.

وفهم التُّونُسِيّ من قوله: (إن نوى وجه المن) عدم الحنث مع عدم النِّيَّة.

وذكر ابن المواز في الحالف لا أكلت من هذا القمح، فزرعه وأكل ما أنبت، قولين: أحدهما: لا يحنث؛ كما لو اشترى بثمنه قمحًا فأكله، قال: إلا أن يريد التضييق على نفسه.

والثاني: أنه إن كَرِه رداءة الحب، لم يحنث، وإن كره المن، حنث.

ونسب ابن عبدوس الأول لأشهب، والثاني لابن القاسم.

ابن ميسر: واختلف إذا حلف لا آكل من هذه الشاة فأكل من نسلها، وفي "الْمَوَّازِيَّة" فيمن حلف لا آكل من هذه الغنم، فلا بأس أن يأكل من جبنها أو سمنها، وكان القصد عنده لا آكل من لحمها، ولا فرق بين قوله: (من هذا الطَّلع) وبين قوله: من طلع هذه النخلة في التحنيث بالفرع، نعم، بينهما فرق من وجه آخر؛ وهو: أنه إذا حلف لا آكل من لبن هذه الشاة، دخل فيه ما استخرج منها قبل يمينه أو بعده. قاله ابن القاسم، وله كذلك في المسألة الأخرى.

(ص): (ولو قال: **قَمْحًا أو طَلْعًا أو لَحْمًا، أو القمح أو الطلع أو اللحم، لم يحنث على المشهور، إلا أن يقرب جدًّا؛ كالسمن من الزُّبد، فقولان**)

(ش): إنَّما لم يحنث لعدم (من) التي هي دالة على التبعيض، وسواء نكر المحلوف عليه أو أتى بـ (هذا) أو عرَّفه بـ (ال)، ويكون مراده تعريف الماهية أو العموم، وأمَّا إن أراد معهودًا، فينبغي أن يقبل ذلك منه إذا كانت يمينه مما لا يقضى فيها بالحنث، وجعل المُصَنِّف المسألة على وجهين: إن لم يقرب جدًّا فلا حنث على المشهور، وإن قرب جدًّا فقولان، وكأنَّهما متساويان عنده في الشهرة، وإلا لجعلهما مسألة واحدة، وذكر ثلاثة أقوال كعادته، وتبع في حكايته الخلاف في القسم الأول اللَّخْمِيّ، ورأى ابن بشير تعريته من الخلاف، وأنَّ الخلاف إنَّما هو الثاني.

ابن الموَّاز: ولم يَرَ ابن القاسم الحِنْث بالمتولِّد إلا في خمسة أشياء: الشحم من اللَّحم، والنبيذ من الزبيب، والعصير من العنب، والمرق من اللحم، والخبز من القمح، قال: وما سوى ذلك لا يحنث به إلا أن يقول منه أو تكون له نيَّة أو سبب، وسواء عرَّف أو نكَّر أو أتى بلفظ الإشارة، فقال: هذا اللحم.

قال في "الذخيرة": وقد جمعهما الشاعر، فقال:

أمـــراق لحـــم، وخبـــز قمـــح نبـــيذ تمـــر مـــع الـــزبيب
وشـــحم لحـــم وعـــصر كـــرم يكـــون حنـــثًا علـــى المـــصيب

وقد علمت أن مذهب ابن القاسم أنَّه ينوي في الخمسة، وقاله ابن حبيب.

وقال ابن الموَّاز: لا ينوي المرقة إذا حلف لا آكل لحمًا.

ابن رشد: يريد: مع قيام البينة فيما حكم به عليه.

وحكى أبو الحسن عن ابن وهب: أنَّه يحنث بالمتولد؛ سواء نكر أو قال هذا أو عرف، وعن ابن القاسم أنَّه لا يحنث بالمتولد فيهما، وعن ابن حبيب أنَّه إن عرَّف حَنِث بالمتولد، لا إن نكَّر، وكذلك حكى اللَّخْمِيّ الأقوال الثلاثة، وعلى هذا فيتحصل في المسألة بقول ابن القاسم أربعة أقوال، وفي "النكت": قال ابن حبيب: إذا حلف لا أكلت رطب هذه النخلة أو هذا الرطب، فإنَّه يحنث بأكل ثمره، وسواء عنده، قال: من رطب هذه النخلة، أو قال: رطبها، وسواء قال: من هذا الرطب أو الرطب.

عبد الحق: وهذا أقيس مما ذكره ابن الموَّاز عن ابن القاسم فتدبَّره.

(ص): (**فلو قال: هذا القمح، وهذا الطَّلع، وهذا اللحم، حَنِثَ على المشهور**)

(ش) يعني: فإن عرَّف وأتى باسم الإشارة، فالمشهور: الحنث بالمتولد للإشارة، والشاذ لابن المواز لتغيير الذات.

ومنشأ الخلاف على هذا: هل تعتبر الإشارة أو العبارة؟ وما شهره المُصَنِّف لم أر من شهره غير ابن بشير، ذكر أنه المذهب، وفيه نظر؛ لأنَّه إنَّما هو معزوّ لابن حبيب.

فإن قيل: فقد نص في "الْمُدَوَّنَة[1]" على الحنث بالخبز فيما إذا قال: لا آكل هذا الدقيق أو هذه الحنطة، وهو يدل لما قاله المُصَنِّف، قيل: هي إحدى الخمسة التي استثناها ابن القاسم، والأصل: أن يكون ما قاله في "الْمُدَوَّنَة" و"الْمَوَّازِيَّة " متَّفقًا، وهو

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦١٢.

مقتضى كلام أبي الحسن، فاعلمه.

(ص): **(وأما الشحم؛ فالمذهب أنه داخل في مسمى اللحم بخلاف العكس)**

(**ش**): يعني: أن من حلف لا آكل لحمًا، يحنث بالشحم؛ لأنَّ الشحم متولِّد عن اللحم، ومن حلف لا آكل شحمًا، لا يحنث باللَّحم؛ لأنَّ اللَّحم ليس بمتولِّد عن الشحم، ولأنَّ الله تعالى حرم لحم الخنزير، فدخل الشحم، وحرم على اليهود الشحم، فلم يدخل اللَّحم[1].

وتبرَّأ المُصَنِّف من هذا بقوله: (فالمذهب) لأنَّهما في العرف مختلفان، والله أعلم.

(ص): **(وأُحْنِث في النبيذ إذا حلف على العِنَب والزَّبيب والتَّمر؛ لأنَّ فيه جزءًا منه)**

(**ش**): يريد: سواء حلف على العنب، والتمر، والزبيب بلفظ التنكير أو التعريف. نص عليه ابن الموَّاز، زاد: ولا يحنث بأكل الخل.

واستشكل التُّونُسِيّ التحنيث بالنَّبيذ؛ لأنَّه قال فيمن حلف: لا يأكل لبنًا، فأكل زبدًا، أو حلف ألا يأكل زبدًا، فأكل سمنًا، أو حلف ألا يأكل رطبًا، فأكل تمرًا، أو حلف ألا يأكل بسرًا، فأكل رطبًا، أنَّه لا شيء عليه، وفي "الْمَوَّازِيَّة " فيمن حلف ألا يأكل قصبًا، فلا بأس أن يأكل عسل القصب، قال: فما الفرق بين هذا وبين من حلف ألا يأكل تمرًا، فشرب نبيذه؟

(ص): **(ولو حلف على نوع فأُضيف إلى غيره حتَّى استُهلك كالخل يُطبخ لم يحنث على المشهور)**

(**ش**): يعني: إذا حلف على نوع ما ولم تكن له نيَّة في كونه خالصًا أو مخلوطًا، فخلط ثُمَّ أكله، فالمشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[2]"، قال فيها: لا يحنث إلا أن يريد طعامًا بخل، ومقابله لأصْبَغ وسحنون وابن الموَّاز، وهو أقرب؛ أي: لأنَّ الخل يؤكل هكذا، وقل ما يؤكل خالصًا.

سحنون: ولو حلف لا آكل زعفرانًا، فأكل طعامًا فيه زعفران، حَنِثَ؛ لأنَّه الوجه

---

(١) من المدونة قال مالك: إن حلف أن لا يأكل لحما فأكل شحما حنث لأن الشحم يخرج من اللحم مع قرب اسمه ومنافعه إلا أن تكون له نية في اللحم دون الشحم قال: وسواء كان شحم ثور أو غيره (لا العكس) من المدونة قال مالك: إن حلف أن لا يأكل شحما لم يحنث بأكل اللحم لأن اللحم لا يخرج من الشحم. التاج والإكليل ١٩/٥.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦١٢.

في أكله.

(فلو لَتَّ السويق بالسمن ولم يجد طعمه، حَنِثَ على المشهور، فإن وجده حَنِثَ اتِّفاقًا)

(ش): مقابل المشهور لابن ميسر.

ابن عبد السلام: وأشار بعضهم إلى أنه مقيد للمشهور لا خلاف.

وفي "الْمَوَّازِيَّة " قول ثالث: وإن كان سبب يمينه مضرة السمن، حَنِث؛ لأنَّه يتقي منه ما يتقى من الخالص، وإن كان قيل له: إنك تشتهي السمن ولا تصبر عنه، فحلف عند ذلك، فلا شيء عليه إن أكل سويقًا لُتَّ به[1].

فإن قلت: هذه المسألة تعارض مسألة الخل، قيل: الفرق أن الخل بعد طبخه لا يتحصَّل منه خل البتة، بخلاف السمن، لو سكب عليه ماء لتحلل من السويق.

(ص): (ولو حلف لا كلَّمه الأيام حَنِثَ أبدًا، وكذلك الشُّهور على الأصحِّ، وقيل: سنة؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا﴾ [التوبة: ٣٦])

(ش): إذا حلف لا أكلِّم فلانًا حَنِثَ متى ما كلمه، طالت المدة أو قصرت، وهو مراده بقوله: (أبدًا)، وإن حلف لا أكلمه الشهور، فكذلك؛ لأنَّه جمع محلًّى بـ (ال)، فيفيد العموم، ومقابل الأصح ذكره اللَّخْمِيّ، واحتجَّ له بالآية التي ذكرها المُصَنِّف، ولا حجَّة فيها؛ لأنَّ المقصود من الآية: أن عدة شهور السنة عند الله اثنا عشر شهرًا، ولا أزيد كما يفعله أهل الجاهلية في النسيء والأيمان، يجب الرجوع فيها إلى العرف.

اللَّخْمِيّ: وإن حلف لا يكلمه الأيام، لم يكلمه الأبد؛ لقول الله سبحانه: ﴿بِمَا أَسْلَفْتُمْ فِي الأَيَّامِ الْخَالِيَةِ﴾ [الحاقة: ٢٤]، وعلى القول في الحالف على المشهور تجزئه شهور السَّنَة، تجزئ الحالف هنا أيام الجمعة السبعة، انتهى.

وقيل: لا يكلِّمه ثلاثة أيام.

(ص): (ولو حَلِفَ ليَهْجُرَنَّه فكذلك، وقيل: ثلاثة أيامٍ، وقيل: شهرًا)

(ش): قوله: (فكذلك) أي: فيحنث أبدًا.

---

(١) من المدونة: ومن لت سويقا بسمن وقال لربه: أمرتني أن ألته لك بعشرة وقال ربه: لم آمرك أن تلته بشيء، قيل لصاحب السويق: إن شئت فاغرم له ما قال وخذ السويق ملتوتا، فإن أبى قيل للات: اغرم له مثل سويقه غير ملتوت وإلا فأسلمه إليه بلتاته ولا شيء لك ويكونان شريكين في الطعام لوجود مثله. التاج والإكليل ٥/٢٢٩.

ابن عبد السلام: ولـم أقف على هذا القول بعد البحث عنه، والقول بالشهر في "الْمَوَّازِيَّة"، والقول بالثلاثة في "العُتْبِيَّة" و"الواضحة"؛ حملا ليمينه على الهجران الشرعي، وأشار اللَّخْمِيّ إلى أنَّه ينظر إلى عادتهما، فإن كانت عادتهما كثرة التَّكالُم، اكتفى بالثلاثة؛ لأنَّها تعدُّ مقاطعة، وإن كانت عادتهما قلة التَّكالُم، لم يَبَرَّ بذلك، ولا بد من مدة يريان ذلك تقاطعًا[1].

ابن الماجشون: وغيره: ولو كلمه بإثر يمينه لم يَحْنَث، وليس عليه أن يهجره عقب يمينه، ومتى هجره بعد ذلك بَرَّ، بخلاف ما لو حلف لا أكلمه، فإنَّه إن كلَّمه إثر يمينه، حَنِثَ.

واختلف إذا حلف ليطيلن هجرانه، فقال محمد: يهجره سنة، وقيل: شهر يجزئه.

اللَّخْمِيّ: وقول محمد احتياط ليس أنَّه لا يجزئه دون ذلك، فإن كان بينهما مصادقة فالشهر طول، وإلا فالشهر قليل.

(ص): **(ولو حلف لا كلَّمه أو ليهجُرَنَّه أيَّامًا، أو شُهُورًا، أو سنين، فالمنصوص: أقلُّ الجمع، وخرج الدَّهر لأنَّه الأكثر)**

(ش): قوله: (أقلُّ الجَمْع) أي: فيكلِّمه بعد ثلاثة أيَّام وثلاثة شهور وثلاثة سنين، ولا حِنْث عليه، وعبر ابن عبد السلام عمَّا عبَّر عنه المُصَنِّف بالمشهور، قيل: وعلى قول من قال: إن أقل الجمع اثنان، يكفيه هنا اثنان، وأنكره في "البَيَان"، وقال: لا ينبغي أن نعوِّل على هذا، وإن كان هو مذهب مَالِك في أن الاثنين من الإخوة يحجبان الأم من الثُّلث إلى السُّدس؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء:١١]؛ لأنَّ الأيمان يجب حملها على العرف.

وقوله: (وخرج الدَّهر) أي: الأبد من قول من قال: إن اليمين إذا احتملت أقل

---

(١) اللخمي: لو حلف لا أكلمه شهورا أو أياما أو سنين فثلاثة من المسمى. ابن بشير: بناء على أن الذمة تعمر بإلا وهو المشهور (وهل كذلك لأهجرنه أو شهرا قولان) اللخمي: اختلف إذا حلف ليهجرنه في القدر الذي يبر به، ففي كتاب محمد: يهجره شهرا. وفي العتبية والواضحة: يجزئه ثلاثة أيام لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لامرئ مسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال" واستحب سحنون الزيادة عليها. وقيل: يلزمه الأبد. وقيل: بمضي مدة عادتهما الاجتماع فيما دونه. وقيل: سنة. وقيل: ثمانية أشهر. ابن الماجشون: وليس في "ليهجرنه " وصل الهجر إن بيمينه بخلاف " لا أكلمه"، وهل يبر بمجرد السلام مع الكف عن كلامه؟ قولان على رعي اللفظ والمقصد. التاج والإكليل ٥/٦٩.

وأكثر أن لا يَبَرَّ إلا بالأكثر، وهذا التخريج لابن بشير. وردَّه ابن هارون بأن (أيام) جمع منكر، فلا يمكن حمله على العموم بوجه.

وسَلَّم ابن راشد التخريج في (شهور)؛ لأنه جمع كثرة، وخالف في (أيام، وسنين)؛ لأنَّهما جمع قلة، وهو العشرة فما دون، فلا يصح أن تعمر الذِّمة بالأبد، واعترضه ابن عبد السلام بأن هذا إنَّما هو إذا كان اللَّفظ جمع قلة وكثرة، وأمَّا إن لم يكن إلا واحدًا منهما، فالنقل أنَّه يقع للقليل والكثير، ثُمَّ جعله جمع قلة للعشرة مخالف للنَّحويين، فإنَّهم لا يجاوزون به التِّسعة.

(ص): **(ولو قال حينًا فالمنصوص سَنَة، وكذلك دهرًا أو زمانًا أو عصرًا، فإن عرَّف، ففي صيرورته للأبد قولان)**

(ش): المنصوص مذهب "الْمُدَوَّنَة[١]"، قال فيها: ومن حلف ألا يفعل شيئًا إلى حين أو زمان أو دهر، فذلك كُلُّه سنة[٢].

وقال عنه ابن وهب: أنَّه شك في الدهر أن يكون سنة.

وعن ابن عباس فيمن حلف ألا يكلِّم فلانًا حينًا أنه سنة، وتلا قوله تعالى: ﴿تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم: ٢٥]، قاله ربيعة، وقال ابن المسيِّب: الحين: ستة أشهر؛ من حين طلوع النخل إلى حين ترطُّبه.

ومقابل المنصوص للَّخمي: أنه يَبَرَّ في الحين بأقل من السنة، وتكفيه مدَّة فيها طول، قال: والحين يقع على الوقت قَلَّ أو كَثُر، قال الله تعالى: ﴿فَسُبْحَانَ اللهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧]، فهذا وقت الصلاة، وقال تعالى: ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الإِنْسَانِ حِينٌ مِنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١]، وقال تعالى: ﴿وَمَتَّعْنَاهُمْ إِلَى حِينٍ﴾ [يونس: ٩٨]، قيل: يوم القيامة، وقد يقال: إن الآية الأولى الحين فيها مقترن بالمساء والصباح، والكلام إنما هو في الحين المطلق.

قوله: (وكذلك دهرًا أو زمانًا أو عصرًا) أي: فتكفيه السنة، ولم أَرَ في هذه الأقوال

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦١٤.

(٢) لزمه سنة في حين وكذا إن عرفه وزمان إلخ فإن عرف واحدا من هذه الثلاثة لزمه الأبد رعيا للعرف وإن كان الحين بمعنى الزمان لغة وهما تابعان لعج حيث قال قوله وسنة إلخ أي أقول لا فرق في الأول بين كونه منكرا أو معرفا وأما ما بعده فيلزم في معرفته الأبد. شرح الخرشي ٥/ ٣١٥.

الثلاثة تخريجًا.

وقوله: (فإن عرف) ينبغي أن يحمل على هذه الألفاظ الثلاثة، ولا يراد الحين؛ لأنَّ القول بالأبد ليس إلا في الثلاثة، وهو قول الداودي، وفي "الواضحة " في الدهر أنه أكثر من سنة.

مطرف: وسنتان قليل، ولا وقَّتَ فيه وقتًا.

(ص): **(ولو حلف لا كلمه فكتب إليه، أو أرسل إليه رسولا، فثالثها: يحنث بالكتاب، لا بالرسول)**

(ش): تصور المسألة والأقوال ظاهر، والحِنْثُ بهما لمَالِك وابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[1]"؛ لأنَّ القصد العرفي بهذه اليمين المجانبة، وهي غير حاصلة، وعدم الحِنْث فيهما لأشهب وابن عبد الحكم اعتبارًا بظاهر اللفظ؛ إذ لا يطلق عليهما كلام إلا مجازًا[2].

والثالث لابن الماجشون، وذكر اللَّخْمِيّ أنَّ ابن القاسم وأشهب روياه عن مالك، ووجهه: أنَّ الكتاب لفظه بخلاف الرسول؛ لأنَّه يزيد وينقص، وعلى مذهب "الْمُدَوَّنَة[3]"، فهل ينوي في إرادة المشافهة إن كانت بطلاق أو عتاق؟

قال: فيهما حِنْث، إلا أن ينوي مشافهة، ثم رجع فقال: لا ينوي في الكتاب إلا أن يرجع الكتاب قبل وصوله إليه، فلا يحنث، ولمالك في "الْمَوَّازِيَّة": لا ينوي في الكتاب والرسول، أو على أنه ينوي، فإنه يحلف على ذلك، قاله ابن يونس، وقد تبيَّن لك من "الْمُدَوَّنَة[4]" أنَّه إذا رجع قبل وصوله أنَّه لا يحنث.

محمد: وهذا آخر قوليه.

التُّونُسِيّ: وقوله: (وهذا آخر قوليه) فيه إشكال؛ لأنَّه لا ينبغي أن يكون في رجوع الكتاب خلاف؛ لأنه لم يسمعه، ولا أرى الكتاب.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦١٥.

(٢) من المدونة قال مالك: من حلف أن لا يكلم فلانا فأرسل إليه رسولا أو كتب إليه كتابا حنث إلا أن ينوي مشافهته، يريد ويحلف والكتاب أشد. التاج والإكليل ٣٢/٥.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦١٥.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٦١٧.

فروع

الأول: فإن وصل الكتاب للمحلوف عليه، فقرأه بقلبه دون لسانه، فقال أشهب: لا يحنث، واحتجَّ بأن من حلف لا يقرأ، فقرأ بقلبه لم يحنث.

الثاني: قال ابن حبيب: يحنث بقراءة عنوان الكتاب، وإن لم يكن له عنوان وقطعه، ولم يقرأه لم يحنث، وكذلك لا يحنث إذا لم يقرأه، ولو أقام عنده سنين.

اللَّخْمِيّ: ولا وجه لهذا؛ لأنه إنما حنث بالمكاتبة؛ لأنها ضرب من المواصلة وذلك يقع بنفس وصول الكتاب، وإذا كان الظاهر عند اللَّخْمِيّ الحنث بأخذ الكتاب، وأن يقرأه، فلأن يكون الحِنْث في مسألة أشهب فيما إذا قرأه بقلبه أولى.

الثالث: لو أشار إليه، فقال مالك، وابن القاسم، وابن حبيب وغيرهم: يحنث.

ابن حبيب: سواء كان المحلوف عليه سمعيًا أو أصم، وقال ابن القاسم: لا يحنث، والأول أظهر.

الرابع: نص ابن الماجشون على أنه إذا حلف ليكلمنه، لا يَبَرّ بالكتاب أو الرسول، أما لو حلف ليعلمنه أو ليخبرنه بَرَّ بالكتاب والرسول.

الخامس: لو حلف ليعلمنَّه أمرًا فعلمه من غيره، ففي "الْمُدَوَّنَة[1]": وإن لم يعلمه حَنِثَ، وحملها على إطلاقها أبو عمران وغيره.

وقال اللَّخْمِيّ: إنَّما يحنث إذا لم يعلم الحالف بعلم المحلوف عليه، وأمَّا إن علم وبنينا على اعتبار المقاصد، فلا يحنث.

السادس: لو أسرَّ إلى رجل حديثًا فحلف على كتمه، ثمَّ أَسَرَّ إلى غيره فتحدَّث الحالف مع من أسرَّ إليه ثانيًا، فأخبره بالسِّر، فقال الحالف: ذكر لي ذلك وما ظننته ذكره لغيري، ففي "الْمُدَوَّنَة[2]": يحنث.

السابع: لو كان الحالف أمر من يكتب عنه للمحلوف عليه، فكتب ولم يقرأه على الحالف، ولا قرأه الحالف، ففي "الواضحة": لا يحنث، قال: ولو قرأه الحالف أو قُرِئ عليه حَنِث، إذا قرأه المحلوف عليه.

(ص): **(ولو كلَّمه، فلم يسمعه فقولان، كمن حَلَفَ على زوجته لا تخرج إلا بإذنه فَأَذِنَ لها ولم تسمع)**

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦١٨.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦١٨.

(ش): معناه: لو كلمه بحيث يمكن سماعه عادة، لولا المانع الذي لأجله لم يسمعه؛ كالنوم والصَّمم، وأمَّا لو كان بينهما مكان بعيد، لا يتأتَّى السماع منه، فلا يحنث اتفاقًا، والحِنْث لابن القاسم في "العُتْبِيَّة" و"الْمَوَّازِيَّة"، وعدم الحِنْث لأصْبَغ، واختلف قول ابن القاسم في تكليمه الأصم، هل يحنث بسببه؟

قوله: (كمن حلف على زوجته) المنصوص في هذه المسألة في "الْمُدَوَّنَة[١]" الحِنْث، ولا ينبغي أن يختلف فيها؛ لأنَّ قصد الزَّوج ألا تعصيه في خروجها بغير إذنه، وهي إذا خرجت ولم تسمع، فقد خرجت بغير إذن، ولم أَرَ فيها قولا بعدم الحِنْث إلا في أبي الحسن؛ فإنَّه حكى عن مالك قولا بعدم الحِنْث، قال: ويحمل قوله على هذا (إلا بإذني)؛ أي: بعد إذني.

ابن هارون: وظاهر كلام اللَّخْمِيِّ حصول الاتفاق على الحِنْث: ولفظه: ومن حلف على زوجته لا خرجت إلا بإذنه، فَأَذِنَ لها، فلم تَسْمَع، ثُمَّ خَرَجَت حَنِث، وإن قال: لا خرجت إلا أن آذن، لم يحنث قِيَاسًا على من حلف ليقضين فلانًا حقَّه لأجلٍ سمَّاه، إلا أن يؤخر، فأخره ولم يعلم وانقضى الأجل، فقال مالك: عسى أن يجزئه، وقال ابن وهب: لا يحنث.

فراعى اللَّفظ، وأرى أن يحنث؛ لأنَّ القصد ألا يكون منه الرد، وقد حصل.

(ص): **(ولو كتب إليه المحلوف عليه فلم يقرأه، لم يحنث، ولو قرأه فقولان)**

(ش): لا خفاء في عدم الحنث إذا لم يقرأه، والقول بالحنث إذا قرأه لابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة"؛ لأنَّ القصد مجانبته، والقول بعدم الحنث لابن القاسم أيضًا في "العُتْبِيَّة" و"المجموعة"، وهو لأشهب، وصوبه ابن الموَّاز لأنَّه لم يكمله، واستحسنه اللَّخْمِيّ.

وعلى الحِنْث فقال ابن القاسم: وكذلك يحنث إن أمر غيره، فقرأه عليه، إلا أن يقرأه عليه أحد بغير أمره، قال في "العُتْبِيَّة": وما ذلك بالبَيِّن، قال: وإذا كان الكتاب من المحلوف عليه إلى غير الحالف، فأتى فقرأه الحالف بعد أن أخبره به، فلا شيء عليه[٢].

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٢٠.

(٢) هذا في أيمان الطلاق والعتاق، ثم رجع مالك فقال: لا ينوي في الكتاب ويحنث بمجرد وصوله ابن رشد: لا يحنث بمجرد وصوله حتى يقرأه ولو عنوانه.وقال اللخمي: يحنث بمجرد وصول الكتاب. التاج والإكليل ٥/٣٢.

(ص): (ولو حلف لا سَاكَنَه وهما في دار، فجعلا بينهما حائطًا، فشك مالك، وقال ابن القاسم: لا يحنث)

(ش): المنقول عن مالك في "الْمُدَوَّنَة[1]" وغيرها إنَّما هو: فكرهه مالك، وقال: لا يعجبني. ففرق بين الشك والكراهية، وما نقله المُصَنِّف عن ابن القاسم هو في "الْمُدَوَّنَة"، وشرط أن يكون لكلٍ نصيب مدخل على حدة، وقال فيها قبل ذلك: ومن حلف ألا يساكن فلانًا، فسكن كل واحد منهما في مقصورة في دار، فإن كانا حين حلف هذا في دار واحدة، وكل واحد في منزل منها حنث، وإن كانا في بيت فلمَّا حلف انتقل عنه إلى منزل في الدار يكون مدخله ومخرجه ومرفقه في حوائجه على حدة، لم يحنث، ولابن القاسم في غيرها عدم الاكتفاء، وإذا فرعنا على الاكتفاء، فهل يكفي أن يكون الجدار من جريد، أو لا بد أن يكون مبنيًّا بالحجر؟ ظاهر كلامه الاكتفاء، وكرهه ابن الماجشون، وهذا إنَّما هو عند الإطلاق، وأمَّا إن كان للحالف نيَّة أو بساط في التباعد، فلا خلاف، أنَّه لا يكفيه إلا التَّباعد.

وظاهر كلام المُصَنِّف: أنَّه لا فرق بين أن يحلف لا ساكنه في دار بعينها، وبين أن لا يعين، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة[2]"، وقيل: إن قال: لا ساكنته في هذه الدَّار، لم يَبَرَّ ببناء الجدار، بخلاف ما إذا لم يعين.

وعارض ابن الكاتب قول ابن القاسم في هذه بالاكتفاء بضرب الجدار، بما قاله فيمن حلف لا يسكن، فإنه قال: ينتقل عنها في الحال، وأجاب بأن هذه محمولة على أنَّه خرج عنها في الحال، ولم ينتقل إليها إلا بعد بناء الجدار، وأجاب ابن محرز: بأنَّه شرع في البناء بإثر اليمين، وأنّ ذلك يقوم مقام الشروع في الخروج، وقد يكون بناء الجدار أسرع من الانتقال.

وفروع الحلف على ترك المساكنة كثيرة، وكلَّها مبنيَّة على أنَّه لا يبقى على الحالة التي كان عليها، وتركناها تبعًا للمصنف.

فَرْعٌ:

قال في "الْمُدَوَّنَة[3]": وإن حلف لا يساكنه فزاره، فليست الزيارة سُكنى، وينظر في

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٢١.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٢١.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٢٣.

ذلك إلى ما كانت عليه يمينه؛ فإن كان لما يدخل بين العيال والصبيان، فهو أخف، وإن أراد التنحِّي عنه، فذلك أشد.

التُّونُسِيّ: قوله: (أخف) يريد: ولا يحنث؛ لأنَّ ذلك السبب ليس بموجود في الزيارة، ولو أقام عنده على هذا أيَّامًا، وقوله: (أشد) يريد: ويحنث؛ لأنَّه أراد قطع مواصلته والبعد عنه، والزيارة مواصلة وقرب.

قال في "البَيَان": واختلف إذا طال التَّزاور على قولين؛ قال أشهب وأَصْبَغ: لا يحنث، وقال مالك وابن القاسم: يحنث.

واختلف في حد الطول، فقيل: ما زاد على ثلاثة أيام، وقيل: هو أن يكثر الزيارة بالنهار، ويبيت في غير مرض إلا أن يأتي من بلد آخر، فلا بأس أن يقيم اليوم واليومين والثلاثة على غير مرض، وهو قول ابن القاسم، ورواه عن مالك، ومثله لابن حبيب في "الواضحة " عن مالك وأصحابه.

(ص): **(ولو حلف لينتقلن من بلد ففي الاقتصار على نفي الجمعة، أو لا بد من مسافة القصر قولان)**

(ش): القول بأنه لا بد من مسافة القصر لمالك، والآخر استحسان لابن الموَّاز.

(ص): **(ولو حلف ليسافرن فمسافة القصر، وفي مقدار بقائه في انتهائه: شهر، ونصفه، وأقلُّ زمان)**

(ش): المشهور كما ذكر أنه لا بد من مسافة القصر.

ابن بشير: وهو مقتضى اللَّفظ شرعًا، ولو بنى على اللغة لأجزأ، أقل ما يسمَّى سفرًا، أو على العرف لاعتبر ما يسميه أهل العرف سفرًا، ثُمَّ حكى الثلاثة الأقوال الَّتي حكاها المُصَنِّف في مقدار مقامه، ولم أَرَ القول بالشهر في غير ابن بشير، ويمكن أن يؤخذ من قول ابن الماجشون: (إذا حلف لينتقلن) أنَّ له أن يرجع بعد شهر، والقول بنصف شهر لابن القاسم، قال: لو رجع بعد خمسة عشر يومًا، لم يحنث، والشهر أحبُّ إليَّ، إلا أن ينوي الدَّوام[1].

وقال ابن الموَّاز: القِيَاس أدنى زمان.

---

(١) فإن حلف لأنتقلن، وأطلق، ولم يقيد بالبلد أو الدار أو الحارة لا لفظا، ولا نية، وقوله فالقياس أن لا يبر إلخ أي وحينئذ فيلزمه سفر مسافة القصر، ومكث نصف شهر وندب كماله. حاشية الدسوقي ٣/٢٥.

(ص): **(ولو حلف لا أدخل عليه بيتًا، حَنِثَ بالحمَّام، لا بالمسجد)**

(ش): فرق ابن الموَّاز بين الحمام والمسجد، فإنَّ الحمَّام لا يلزمه دخوله، بخلاف المسجد؛ فإنه لما كان يطلب الدخول فيه شرعًا فكأنه غير مراد. واختار اللَّخْمِيّ فيهما عدم الحنث، وهو الظاهر.

فَرْعٌ:

وأما اجتماعهما في الحبس فالمذهب، إذا دخل الحالف طائعًا، فكيفما دخل المحلوف عليه طوعًا أو كرهًا حَنِث؛ لتسبُّب الحالف في اجتماعهما اختيارًا، وإن دخل الحالف كرهًا، فقال ابن الماجشون: لا يحنث. واختلف في ذلك قول أَصْبَغ، ورأى غير واحد أنَّ هذا الخلاف إنما هو إذا أكره على حق، وأما إن كان مظلومًا فلا يحنث.

وألحق ابن القاسم بهذا إذا اجتمعا تحت ظل جدار أو شجرة إن كانت يمينه بقضاء فيه، أو لسوء عشرته.

ابن حبيب: كانت نيَّته ذلك أو لم تكن له نيَّة، فإنَّه يحنث بوقوفه معه في الصحراء.

(ص): **(فلو دخل المحلوف عليه فقال مالك: لا يُعجبني)**

(ش): هذا من تتمة الفرع السابق؛ أي: إذا حلف لا أدخل عليه، قال في "التهذيب": وإن دخل المحلوف عليه على الحالف، فخاف عليه مالك الحنث، وقال ابن القاسم: لا يحنث إلا أن ينوي ألا يجتمع معه في بيت فيحنث.

ابن الموَّاز: وقيل: لا شيء عليه إلا أن يقيم معه بعد دخوله عليه.

ابن يونس: قال بعض أصحابنا: وكذلك ينبغي على قول ابن القاسم أنَّ لا يجلس بعد دخول المحلوف عليه، فإن جلس وتراخى حَنِث، ويصير كابتداء دخوله هو عليه.

قوله: (فقال مالك: لا يُعجبني) يريد والله أعلم: لا يعجبني للحالف أن يقيم بعد دخول المحلوف عليه.

(ص): **(ولو دخل عليه ميتًا فقولان)**

(ش): القول بالحِنْث رواه أشهب عن مالك اعتبارًا بظاهر لفظه، والقول بعدم الحنث لسحنون نظرًا إلى المقاصد.

(ص): **(ولو قال: لا أدخل عليه بيتًا يملكه، فدخل عليه ميتًا فالروايات: حَنِث، وهو مشكل)**

(ش): تصوُّره ظاهر، ووجه الإشكال أنه بموته قد انتقل إلى ورثته، وراعى في

الروايات كونه له حق يجري مجرى الملك، وهو أنه لا يخرج منه حتى يتم غسله وتكفينه، وإليه أشار في "الْمَوَّازِيَّة " بقوله: فدخل عليه وهو يجهز.

ونقل ابن يونس هذا الفرع على صيغة تقوِّي إشكاله، ولفظه: قال أَصْبَغ: وإن حلف لا أدخل بيت فلان ما عاش، أو قال: حتى يموت، فدخل بيته وهو ميت قبل أن يدفن، حَنِث.

ابن يونس: ويجب أن يكون على قول سحنون؛ أي: في الفرع الذي قبل هذا لا يحنث، وهو في هذا أقوى من الأول؛ لأنه اشترط: ما عاش أو حتى يموت، فقد دخل بعد حلول الشرط، فكان يجب ألا يحنث باتفاق، وقول من حنَّثه بذلك ضعيف.

ابن الماجشون: ولو حلف لا ينفع فلانًا ما عاش، فمات فكفنه، حَنِث؛ لأنَّ الكفن من أمور الحياة، وهو قريب من الفرع الذي ذكره المُصَنِّف.

فَرْعٌ:

إذا حلف ألا يأكل من طعام رجل فمات، فأكل الحالف قبل القسمة، فحنثه ابن القاسم في "العُتْبِيَّة " إذا كان عليه دين أو أوصى بوصية.

قال في "المجموعة": وإن لم يكن الدين محيطًا قال أشهب: لا يحنث، واختاره ابن رشد.

وقال ابن سحنون: يحنث إن كان عليه دين، ولا يحنث إن أوصى بوصايا.

ابن الكاتب: وقولهم: يحنث إذا أوصى بوصايا. معناه عندي: إذا أوصى بمال معلوم يحتاج فيه إلى بيع مال الميت ليعطى منه الموصى له؛ لأنَّ ذلك المال لو ضاع قبل أن يعطاه، لرجع الموصى له في الثلث؛ لأنَّه لا يتعين كما قال فيمن أوصى أن يُشترى عبد فلان فيعتق عنه، فيموت بعد الشراء وقبل عتقه أن عليهم أن يشتروا غيره من بقية الثلث، بخلاف عبد بعينه.

وأما إن كانت الوصية تجزأ من ماله؛ كالثلث والربع، فهنا يكون الموصى له شريكًا للورثة، وكأحدهم ساعة يموت، فلا حنث على الحالف في هذا، وهذا كله مع عدم النِّيَّة، وأما إن كانت له نيَّة؛ فيقبل منه، أما إن لم يكن عليه دين ولا أوصى بوصايا، فلا يحنث بالاتفاق.

(ص): **(ولو حلف ليتزوجنَّ أو ليبيعنَّ الأمة، فتزوَّج تزويجًا فاسدًا، أو باع فأُلفيت حاملا، فالمنصوص: حَنِث)**

(ش): قوله: (ليتزوجنَّ) هذه المسألة مقيدة بما إذا ضرب لذلك أجلا، وإلا فلو لم يقيد كان له أن يتزوَّج أخرى، ولا حِنْث عليه.

ثمَّ إن هذا النكاح الفاسد إن كان يمضي بالدخول ودخل، فإنه يبر، وإن لم يحصل البناء، أو كان مما يفسخ أبدًا، فالمنصوص الحِنْث مراعاةً للشرعي.

وخرج اللَّخْمِيّ البر من (القول بمراعاة اللفظ من أحد القولين فيمن حلف ليطأن زوجته الليلة، فوجدها حائضًا ووطئها، أنه يبر)، وفرق بينهما بأن الحالف في مسألة الحيض على امرأة معينة، وقد علم الحالف أن لها حالين: حالا يجوز وطؤها فيه، وحالا لا يجوز، فلمَّا أجل يمينه دل على إرادة وطئها مطلقًا، وأما هذه المسألة فحلفه لم يكن على امرأة معينة، فيحمل نكاحه على النكاح العرفي.

فَرْعٌ:

فإن تزوج عليها دنيَّة ليست من نسائه، أو كتابيَّة، فقال مالك: لا يبر.

ابن الموَّاز: وسهل في ذلك ابن القاسم، ورجح بعضهم قول ابن القاسم بأنَّ عادة الناس في مثل هذا جارية بتزويج الدنيَّة، وبأن المقصود نكاية المرأة الأولى، وهو حاصل.

وأمَّا إن تزوَّج غير دنيَّة، ولم يدخل بها، فقال ابن القاسم: لا يَبَر، وكذلك لو وطئها حائضًا. وقال أشهب: بل يبر، وكأنه رأى لفظ النكاح حقيقة في العقد، ولا يبعد أن يجري في مسألة الحائض خلاف مما تقدَّم.

قوله: (أو ليبيعن الأمة.... فأُلْفِيت حاملا) تصوُّره واضح، ومعنى أُلفيت: وجدت.

(ص): (**ونَـذْر الطاعة وإن كُرِه لازم، وإن كان على وجه اللَّجاج والغضب دون المُباح وغيره**)

(ش): ظاهر كلامه هنا كراهة النَّذر مطلقًا، وهو الذي يؤخذ من قوله في الصيام: (وكره مالك نذر الصيام وغيره بشرط أو بغير)، وكذلك قال ابن راشد: ونص مالك رحمه الله تعالى على كراهة النذر ابتداءً بشرط وبغيره.

وفي كلامه على هذا الوجه نظر لمخالفته للمنقول، ونقل ابن راشد بعد نقل الباجي: أن النذر المجرد لا خلاف في جوازه، ونص ابن شاس وغيره على أنه مستحبٌّ. وفي "البَيَان": النَّذر على مذهب مالك ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

مستحبٌّ: وهو النَّذر المُطْلَق الذي يوجبه الرجل على نفسه شكرًا لله تعالى على ما

كان ومضى[1].

وجائز: وهو النذر المقيَّد بشرط يأتي.

ومكروه: وهو المؤقت الذي يتكرَّر مع مديد الأيام، فهذا كرهه في "الْمُدَوَّنَة[2]" مخافة التفريط في الوفاء به.

وعلى هذا، فالأظهر أن يحمل كلامه على أن نذر الطاعة قسمان: مكروه، وغير مكروه، والمكروه يلزم كغيره، وتكون (أن) بمعنى: لو؛ أي: يلزم الوفاء به، ولو كان مكروهًا.

وهذا وإن كان ممكنًا هنا إلا أنَّه لا يمكن في كلامه في الصوم، ثُمَّ في كلام صاحب "البَيَان" مخالفة لكلام غيره؛ وذلك لأنَّه جعل المعلق على شرط آت من قبيل الجائز.

والذي ذكره الباجي، وابن شاس، وغيرهما: أنه مكروه، وعلى هذا فالمكروه من النَّذر نوعان:

الأول: ما كان مكرَّرًا كما إذا نذر صوم كل خميس ونحوه، فإنَّه قد يأتي به؛ لتكراره على حال كسل، فيكون إلى عدم الطاعة أقرب.

والثَّاني: ما كان معلَّقًا على حصول نعمة، أو دفع نقمة؛ كقوله: إن شفى الله مريضي

---

(١) "ومن نذر أن يعصي الله" - سبحانه وتعالى - بشيء كسرقة أو زنا أو قتل "فلا يعصه" بالوفاء بنذره للإجماع على حرمة ارتكاب المعاصي، وهذا الذي ذكره المصنف لفظ حديث، وأما قوله: "ولا شيء عليه" ليس من الحديث. والمعنى: أن ناذر المعصية لا شيء عليه سوى الإثم، وإنما نص على ذلك للرد على أبي حنيفة في قوله: يلزمه كفارة يمين لتمسكه بما ورد في بعض الأحاديث التي ضعفها غيره.

فإن قيل: يشكل على كلام المصنف أن من قال علي نحر فلان، ولو قريبا أو حلف بنحر ولده وذكر مقام إبراهيم أي قصته مع ولده أو لفظ بالهدي أو نواه يلزمه الهدي مع أن نذر ما ذكر معصية؟.

فالجواب: أن هذه خرجت عن الأصل، فهي كالمستثناة من نذر المعصية وبقي ما عداها على المنع، وبأن الناذر أو الحالف لما لفظ بالهدي أو نواه أو ذكر قصة إبراهيم مع ولده دل ذلك على أنه لم يقصد المعصية، وإنما قصد القربة بنحر الهدي، ألا ترى أنه لو قصد بنحر فلان قتله حقيقة لم يلزمه شيء، كما لا يلزم ناذر صوم يوم العيد أو تاليي عيد النحر إلا لمن ترتب عليه نقص في حج. الفواكه الدواني ٢/٩٢٢.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٢٤.

فعلي كذا، أو أنجاني من البحر. وعلى كلام ابن رشد إنما يكره الأول من هذين النوعين فقط، وعلى هذا فكلام المُصَنِّف في الصيام ليس بظاهر، نعم يصحُّ على تأويل اللَّخْمِيّ؛ وذلك لأنَّه وقع في "الْمُدَوَّنَة[١]" في (باب الصيام): كره مالك صوم يوم يوقته، فظاهره كراهة نذر صوم اليوم مطلقًا، وعلى هذا الظاهر حمله اللَّخْمِيّ، لكن حمله ابن رشد على أنَّه يوم مكرر، والله أعلم، واستدلَّ على كراهة النَّذر المعلَّق بشرط بوجهين:

الأوَّل: كونه أتى به على سبيل المعاوضة، لا على سبيل القربة المحضة.

الثاني: أنَّه قد يتوهَّم منه الجاهل أنَّه يمنع من حصول المقدور، ويؤيده ما في "مسلم " وغيره: أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عَنِ النَّذْرِ، وَقَالَ: "إِنَّهُ لا يأتي بخير، وَإِنَّمَا يُسْتَخْرَجُ بِهِ مِنَ الْبَخِيلِ".

وفي "مسلم " أيضًا وغيره: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "إِنَّ النَّذْرَ لا يُقَرِّبُ مِنَ ابْنِ آدَمَ شَيْئًا لَمْ يَكُنِ قَدَّرَهُ اللهُ لَهُ، وَلَكِنَّ النَّذْرُ يُوَافِقُ الْقَدَرَ فَيُخْرَجُ بِذَلِكَ مِنَ الْبَخِيلِ مَا لَمْ يَكُنِ الْبَخِيلُ يُرِيدُ أَنْ يُخْرِجَ"[٢].

قوله: (وإن كان على وجه اللَّجاج والغضب) هو المعروف، وحكي عن ابن القاسم قول أنَّه يكفي فيه كفَّارة يمين.

ابن بشير: وما كان من لقيناه من الشيوخ يميل إليه ويعدونه من نذر المعصية، فلا يلزم الوفاء به.

ابن عبد السلام: يحتمل أن يريد ابن بشير بهذا القول ما قاله ابن عبد البر: إن العدول الثقات رووا عن ابن القاسم أنَّه أفتى ابنه عبد الصمد لما حلف بالمشي إلى مكة أن عليه كفارة يمين، وأفتاه بذلك حين حلف بصدقة ماله، وقال له: أفتيك بمذهب الليث، وإن عدت أفتيتك بمذهب مالك.

وقوله: (دُوْنَ المُباح وغيره) من المكروه والمحرم، وحاصله: أنه لا يلزم بالنذر من الأحكام الخمسة إلا المندوب، وقسم اللَّخْمِيّ نذر المعصية كصوم يوم الفطر أو النحر، أو أن يصلي عند طلوع الشمس على ثلاثة أقسام، وإن كان الناذر عالمًا بتحريم ذلك، استحبُّ له أن يأتي بطاعة من جنس ذلك؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَنْ حَلَفَ

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٢٤.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٦٤٣) وأحمد في مسند، برقم (٨٦٤٣).

بِاللاتِ وَالْعُزَّى، فَلْيَقُلْ: لا إِلَهَ إِلا اللهُ"[١].

وإن كان جاهلا بالتحريم وظنَّ أنَّه في صومه فضلا عن غيره لمنعه نفسه لذتها ذلك اليوم، فهذا لا يجب عليه القضاء ولا يستحب، وإن كان يظنُّ أنَّه في جواز الصوم كغيره، كان في القضاء قولان: قيل: لا شيء عليه، والغلبة عليه كالغلبة بالمرض، وقال عبد الملك: يقضيه؛ لأنَّه لم يرد خصوصيَّة ذلك اليوم، وإنَّما أراد صومًا.

(ص): **(وما لا مخرج له منه مثل عليَّ نذر فكاليمين بالله تعالى فيما ذكر من استثناء وكفَّارة ولغو، ولذلك لو قال: عليَّ نذرٌ إن لم أُعتق رقبةً، خُيِّر فيهما)**

(ش): قد تقدَّم أنَّ النَّذر الذي لا مخرج له فيه كفارة يمين، ولا فرق بين نذر بالتنكير، والنذر بالتعريف، وبين أن يضم إليه لفظ آخر يقتضي تأكيده إلا أنه لم يفسِّر مخرجه كما لابن القاسم في "العُتْبِيَّة " في القائل: عليَّ نذر، لا كفارة له إلا الوفاء به، وبين أن يخرج بعض القرب كما في "الْمَوَّازِيَّة " في القائل: عليَّ نذر لا يكفره صيام ولا صدقة[٢].

وقوله: (من استثناء) أي: بمشيئة الله، وتصوره واضح، وقوله: (ولذلك... إلخ) أي: ليس سبب التَّخيير ما أشار إليه المُصَنِّف من أن النذر المبهم كاليمين بالله؛ بل سببه كون الشيء الذي علَّق عليه النَّذر مأذونًا فيه، ولذلك يدور التخيير مع الإذن وجودًا وعدمًا، فلو قال: عليَّ نذر إن لم أدخل الدار، خُيِّر، وإن قال: عليَّ نذر إن لم أقتل زيدًا أو أشرب الخمر، منع من القتل والشرب، ولم يحصل التخيير، نعم، لو تجرَّأ وفعل تلك المعصية، سقطت الكفَّارة عنه، وهكذا قال ابن عبد السلام.

تَنْبِيهٌ:

لكنَّه قال: إن تجرأ وفعل تلك المعصية، فقال أهل المذهب: تلزمه كفارة يمين.

خليل: ولا أراه إلا وهمًا. ففي الجلاب: ولو ألزم نفسه طاعة بعد معصية، لزمته

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) التلقين: إن قال لله علي نذر ولم يبين ما هو فهذا فيه كفارة يمين. قال في المدونة: إن قال لله علي نذر إن لم أشرب الخمر أو نحوه من المعاصي فلا يفعل ذلك ويكفر كفارة يمين، فإن اجترأ وفعل أثم وسقط عنه النذر.

ومن المدونة أيضا: وإن قال: علي يمين إن فعلت فعليه كفارة يمين. الباجي: فإن قال: علي أربعة أيمان ففي العتبية عليه أربع كفارات.قال الشيخ أبو محمد: وأعرف أن ابن المواز قال: عليه كفارة واحدة. التاج والإكليل ٤/٤٥٠.

الطاعة ولم يجز له فعل المعصية، فإن فعل المعصية سقط عنه ما علَّقه بها من الطاعة، مثال ذلك: إن لله على صدقة دينار إن لم أشرب الخمر، فيلزمه التَّصدُّق بالدِّينار والكف عن الخمر، فإن شرب الخمر سقطت عنه الصدقة، ولزمه الحد، وفي "الرسالة" نحوه.

وذكر المُصَنِّف في الطلاق نحوه، فَقَال: (وإن كان محرَّمًا مثل: إن لم أقتل زيدًا نُجِّز، إلا أن يتحقق قبل التنجيز على المشهور)، فإن قلت: هل يصح كلام ابن عبد السلام على الشاذ؟ قيل: قد أنكر هو وجوده، نعم، قد يخرج ما قاله على أحد القولين في أَنَّ المعدوم شرعًا هل هو كالمعدوم حسًّا، كما قيل فيمن حلف ليطأنها، فوطئها حائضًا.

(ص): **(ومن نَذَرَ المشي إلى مكَّة، أو بيت الله، أو إلى المسجد الحرام، أو الكعبة، أو الحجر، أو الركن، لَزِمَه ذلك بحجٍّ أو عمرة)**

(ش): قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": ومن قال: علي المشي إلى مكة، أو بيت الله الحرام، أو المسجد الحرام، أو الكعبة، أو الحجر، أو الركن، لَزِمَه، وأمَّا غير ذلك كعرفة ونحوها فلا.

عياض: مذهبه في المسألة إلزامه اليمين إن قال: بيت الله، أو الكعبة، أو المسجد الحرام، أو مكة، أو ذكر شيئًا من أجزاء البيت فقط دون ما عدا ذلك، إلا أن ينوي حجًّا أو عمرة، ولا يلزمه فيما هو داخل المسجد الحرام، ولا داخل مكة ولا خارجها، وهو تأويل أبي محمد وجمهور الشيوخ، وهو مقتضى ما في "كتاب ابن حبيب " عنه، أنَّه لا يلزمه في زمزم والحطيم والحجر، وقد سَلَّم له أبو محمد قوله في زمزم، ولم يسلم له ذلك في الحجر والحطيم لاتصالهما بالبيت، ويحتجُّ لهذا بما في "الْمُدَوَّنَة[2]": ومن قال: أنا أضرب بمالي أو بشيء منه في حطيم الكعبة أو الركن، فعليه حجَّة أو عمرة، ولا شيء عليه في ماله، فقد سوى بين الركن والحطيم؛ لكن قد يتناول ما قاله ابن حبيب على وفق الكتاب في أن من الحجر والحطيم ما ليس من البيت، فكأنَّه جعل غاية مشيه إلى أوله؛ كقوله: إلى الحرم[3].

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٢٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٢٧.

(٣) قال أبو عمر كل من ذهب إلى أن المسجد الحرام أفضل من مسجد النبي عليه السلام فعلى هذا يخرج جوابه بدليل هذا الحديث الذي ذكرناه.

=

وذهب ابن لُبابة إلى أنَّ مذهبه في الكتاب: اللُّزوم متى ذكر شيئًا ممَّا في المسجد الحرام، بخلاف ما كان خارج المسجد، واحتجَّ بمسألة الحطيم.

وحكى ابن لبابة عن بعضهم تأويلا ثالثًا على "الْمُدَوَّنَة[١]"، وأنَّ الحجر والركن كالصفا والمروة، لا يلزمه فيه شيء، قال: والتبس عليه لفظ الكتاب.

عياض: وكذلك أقول أنَّه قد التبس على ابن لبابة أيضًا، والصواب القول الأولى، انتهى.

اللَّخْمِيّ: وقال أَصْبَغ: يلزمه بكل ما سمى مما هو داخل مكة كالصفا والمروة وأبي قبيس وقعيقعان، وقال ابن حبيب: يلزمه إذا سمَّى الحرم، وما هو فيه، ولا يلزمه ما هو خارج عنه، ما عدا عرفات.

وقوله: (بحجٍ أو عمرة) نحوه في "الْمُدَوَّنَة[٢]"، ورأى اللَّخْمِيّ أنَّ التخيير إنما هو في حق المدني ونحوه، ممَّن جرت عادته أن يأتي إلى مكة للحج والعمرة، وأما من بعد كأهل المغرب، فإنما يمشي في حج؛ لأنَّ أكثرهم لا يعرف العمرة، ومن يعرفها لا يقصدها بسفر، وأشار غيره إلى أن التخيير إنما هو في حق غير الضرورة، وأما الضرورة فيجعل مشيه في عمرة ثم يحج ليجمع بين حجة الإسلام ونذره، وهذا يأتي على أن الحج على الفور.

وفي "الجواهر": إذا كان الحالف من أهل الأقطار البعيدة، فهل يتعيَّن عليه الحج، أو يتخيَّر بينه وبين العمر؟ قولان للمتأخرين.

=

وكذلك قول مالك ومن تبعه في تفضيل مسجد النبي عليه السلام على المسجد الحرام يجيء أيضا على مثل هذا أن يصلي في مسجد النبي عليه السلام ولا يذهب إلى المسجد الحرام.

وهذا لا نعلم أن أحدا قاله فيمن نذر المشي إلى مكة ليصلي في مسجدها أنه يجزئه الصلاة في مسجد النبي عليه السلام فدل ذلك على فضل الصلاة في المسجد الحرام على غيره.

وكذلك لم يوجب أحد المشي إلى المدينة على الأقدام وأوجبوه إلى مكة وذلك بين في فضل مشيه إلى مكة علي غيره وبالله التوفيق.

إلا أن الرواية عن مالك في كل موضع يتقرب فيه إلى الله - عز وجل - بالصوم والصلاة ألا يتعدى إلى غيره وإن فات أفضل بدليل الحديث المذكور. الاستذكار ٥/١٧٠.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٢٧.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٢٩.

فَرْعٌ:

فإن نذر المشي وهو بمكة، فإن كان في المسجد، فليخرج إلى الحل ويحرم بعمرة حتى يطوف، ويسعى بين الصفا والمروة؛ إذ لا بد أن يكون ليمينه معنًى، وإن كان خارجًا عن المسجد، فقال ابن القاسم: يخرج كالأول، وقال مالك: يمشي من موضعه إلى البيت في غير حج ولا عمرة.

(ص): **(ولا يلزمه نَذْرُ الحَفَاء)**

(ش): لأنَّ الحَفَاء لا طاعة فيه.

ابن الجلاب: وينتعل ويستحب له أن يهدي، ونحوه في "الْمُدَوَّنَة[1]" ونصه: في القائل: أنا أحمل فلانًا إلى بيت الله، إن أراد تعب نفسه وحمله على عنقه يحج ماشيًا ويهدي، واختلف الشيوخ هل الهدي على الاستحباب كما في الحفاء - وإليه ذهب ابن يونس - أو على الوجوب؟ ويخرج فيها الاستحباب من الحفاء، وكذلك العكس، وهو قول غيره.

(ص): **(وفيها: والرَّجل والمرأة سواءٌ، واستدركه بعض الأئمَّة بسقوطه عن القادرة في الفريضة، وفرَّق بعضُهم بين من مشيها عورةٌ وغيرها)**

(ش): قوله: (سواء) أي: في لزوم المشي في حق الناذر. وأصل الاستدراك لابن الكاتب، وتبعه عليه جماعة، وإليه أشار بقوله: (واستدركه الأئمة) أي: أئمة المذهب، ثُمَّ بين الوجه الذي استدرك بقوله: (بسُقُوطِه) أي: أنَّ ابن الكاتب عارض قوله في هذه المسألة بقوله: إن الحجَّ لا يجب على القادرة على المشي إذا لم تكن لها راحلة، وإذا لم يجب المشي في حجة الفريضة التي هي إحدى دعائم الإسلام، مع تأكيدها لما يحصل حينئذٍ من الفتنة، فلأن تُمنع من المشي في النَّذر من باب أولى.

قوله: (وفرَّق بعضهم) هو ابن محرز، ولا ينبغي أن يُعَدُّ خلافًا؛ بل هو تقييد "للمدونة"، ولابن الموَّاز قريب منه، قال: إذا كانت المرأة شابة وكان مشي مثلها عورة وكشفًا، رأيت أن تمشي الأميال محتجزة عن الناس، ثُمَّ تركب وتهدي، قال: ولو لم تكن كذلك وقدرت على مشي جميع الطريق ثُمَّ عجزت، وكانت إن عادت وفت بجميع المشي عادت، وقد تقدَّم في أول (باب الحج) ما يجاب به عن هذا الإشكال.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٠.

فَرْعٌ:

وللزوج منع زوجته إذا نذرت المشي كما يمنعها في التَّطوُّع؛ لأنَّها متعدِّية عليه.

(ص): **(فلو قال: على المَسِير أو الرُّكوب أو الذَّهاب أو المُضيُّ إلى مكَّة، ففي لَغْوِه قولان لابن القاسم وأشهب، وعن ابن القاسم: الرُّكوب خاصة كالمَشِيّ)**

(ش): زاد في "الْمُدَوَّنَة[1]": أو الإتيان أو الانطلاق.

وقوله: (وعن ابن القاسم: الرُّكوب خاصَّةً كالمَشْي) هو أيضًا في "الْمُدَوَّنَة[2]"، وكذلك قول أشهب فيها وما ذكره من أَنَّ قول ابن القاسم اختلف في الركوب خاصة موافق لما في البراذعي.

عياض: واختصرها حمديس على أنَّه اختلف قوله في جميع الألفاظ، وعليه تأولها ابن لبابة، وقد حكى القولين عنه ابن حارث.

وقد روى سحنون ومحمد بن رشد عنه مثل قول أشهب، والإلزام في جميعها، وبيان ذلك في "الْمُدَوَّنَة[3]" أيضًا من مسألة: أنا أضرب بمالي رتاج الكعبة، وإلزامه الحج والعمرة، ولم يشترط في ذلك نية، فإنَّه لا فرق بينها وبين قوله: أسير إليها وأذهب إليها، وحمل المسألة سائر المختصرين على أنَّ الخلاف في الركوب وحده.

وتردَّد أبو عمران في تأويلها، وذكر بعضهم أنَّ أشهب اختلف قوله كابن القاسم، وهذا الخلاف إنَّما هو عند عدم النِّيَّة، وأمَّا إذا نوى بهذه الألفاظ حجًّا أو عمرة، فإنَّه يلزمه ما نواه باتفاقهما، وفرق على قول ابن القاسم الأوَّل بين المشي وغيره؛ لأنَّ العرف إنما جرى بلفظ المشي، ولأنَّه قد جاءت فيه السُّنَّة.

وأخذ ابن المواز، وسحنون، واللَّخْمِيّ بقول أشهب، ورأى ابن يونس أن ما قاله ابن القاسم من عدم إلزامه المشي في المسير، والذهاب إنَّما هو إذا قال: إلى مكة، وأمَّا لو قال: عليَّ أن أسير، أو أذهب إلى الكعبة، لا ينبغي أن يلزمه إتيانها إن شاء ماشيًا أو راكبًا، دليله من قال: أنا أضرب بمالي حطيم الكعبة. أنَّه يلزمه عند ابن القاسم أن يحجَّ أو يعتمر؛ كقوله: عليَّ أن آتي المسجد الحرام أن ذلك يلزمه؛ لأنَّه قصد الإتيان إلى البيت.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٠.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٢.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٣.

فَرْعٌ:

وإذا ألزمناه الرُّكوب، فحكى ابن الموَّاز عن أشهب أنَّه لا يجوز له المشي؛ لأنَّه يخفف عن نفسه مؤونة، وقال اللَّخْمِيّ: لا يجزئه الرُّكوب إذا كان قصده نفقة ماله، وإن كان قصده الوصول إلى مكة، فقط أجزأه.

ابن عبد السلام: وهو صحيح لا يخالف فيه أشهب، ورأى جماعة من الشيوخ أن معنى قول أشهب: لا يجوز؛ أي: لا يفعل ذلك ابتداءً، وإن وقع ذلك لم يفده، ثم اختلفوا إن وقع، فقيل: يخرج نفقة ركوبه في هدايا، وقيل: يدفع ذلك لمن ينفقه في الحج بحسب ما كان ينفقه هو.

(ص): **(ويلزمُهُ من حيثُ نَوَى، وإلا فمن حيثُ حلف، وقيل: إن كان حالفًا وهو على برٍّ، مشى من حيث حَنِث)**

(ش): النَّذر إماَّ معلَّق أو لا، وعلى كلٍّ فإما أن يكون له نيَّة أو لا، فإن كانت عمل عليها في القسمين باتفاق، وأحرى إذا سمى، وإن لم تكن فإن لم يكن معلقًا، فمن حيث نَذَرَ باتفاق، وإطلاق المُصَنِّف قوله: (من حيث حَلَفَ) يشمل هذه الصورة، ويكون ما ذكره بعد ذلك خاصًّا بالمعلق.

وحاصل ما ذكر فيه ثلاثة أقوال: المشهور: يلزمه من حيث حلف، والتفرقة منسوبة للتُّونسيّ، والثالث ذكره ابن بشير، ولو قال المُصَنِّف: ثالثها، لكان أجرى على قاعدته، والمشهور أظهر؛ لأنَّ الإنسان إنَّما يلتزم ما هو معلوم عنده.

فَرْعٌ:

فلو كان على المشهور حين الحِنْث بمكان غير الذي حلف منه، ففي اللَّخْمِيّ: إن كان مثله في المسافة، مشى منه؛ لأنَّ القصد التَّقَرُّب بمثل تلك الخطى، ولا مزيَّة في ذلك للأراضي، وإن كان أقرب بالمشي اليسير، فقيل: لا يجزئه، وقال أبو الفرج: يهدي هديًا ويجزئه، وإن بعد ما بين الموضعين لم يجزئه، إلا أن يكون ممن لا يستطيع المشي في جميع الطريق، فيمشي من موضعه ويهدي، وقاله أَصْبَغ. انتهى بمعناه.

وعلى القول بعدم الإجزاء يحتاج أن يرجع إلى موضع الحلف وهو الأصل. وقال أَصْبَغ: إنَّما يرجع إلى موضع الخلف إن كان قريبًا ليس فيه مشقَّة، وإلا مشى من موضع الحِنْث وأهدى، فقال: وهذا إن كان يقدر على جميع المنذور؛ يعني: وإن كان لا يقدر،

فلا معنى لرجوعه، ويذهب إلى مكة من الموضع الذي هو فيه، ونقل ابن يونس عن ابن الموَّاز، أنَّه قال: إن حَنِث بغير البلد الذي حلف فيه، وكان لا يقدر على المشي منه، فليرجع إليه فيمشي ما قدر، ثُمَّ يركب ويهدي.

(ص): **(وفي جواز رُكُوب البحر المعتاد أو تخصيصه بموضع الاضطرار قولان)**

(ش): كمن حلف وهو بصقلية، فهل له أن يركب البحر إلى الإسكندرية، ثم يمشي لأنَّ تلك عاداتهم، وإليه ذهب أبو بكر بن عبد الرحمن، أو لا يركب من البحر إلا ما يوصله إلى سوسة أو ما قاربها من إفريقية، ثُمَّ يمشي إلى مكة، وإليه ذهب أبو عمران؟

ابن يونس: وهو الأقرب.

ابن بشير: والخلاف إنما هو مع فقد النِّيَّة، وأمَّا مع وجودها؛ فيرجع إلى نِيَّتِه، وهما على الخلاف في حمل مقتضى الألفاظ على الفوائد، أو على مقتضى اللغة.

خليل: ومثل هذا المثال: من حلف وهو بقوص ونحوها، فالمعتاد الركوب في البحر، والاضطرار أن يدور من مصر.

فَرْعٌ:

قال مالك في "الْمَوَّازِيَّة": وله أن يأخذ طريقًا أقصر.

الباجي: ومعناه: إذا كانت كلها معتادة، يريد: وليس له أن يمشي في غير المعتاد.

ابن بشير: لو نذر أن يمشي من المدينة إلى مكة على الشام أو العراق، لم يلزمه ذلك، ولم ينبغِ له، ولو أراد أن يحلف في طريقه إلى المسجد لتكثر خطاه لما جاء في ذلك من الثواب، لكان مخطئًا، انتهى.

(ص): **(ولا يتعيَّن موضع مخصوص بالبلد إلا بقصدٍ أو عادة)**

(ش): أي: إذا نَذَرَ المشي من بلد، فلا يتعيَّن عليه أن يمشى من موضع خاص منه إلا أن ينويه، أو تكون عادة النَّاس جارية بالمشي منه، وكذلك قال عبد الملك.

(ص): **(ومنتهاه في العُمرة السَّعي لا الحَلْق، وفي الحجِّ طَوَاف الإفاضة لا رجوعه، وقيل: منتهاه الجِمَار، وصَوَّب اللَّخْمِيّ وصول مكَّة بناءً على أنَّه لزم؛ لأنَّ العادة التزام أحد الأمرين، أو لأنَّها لا تدخل إلا به)**

(ش): لما تكلَّم على مبتدأ المشي تكلَّم على منتهاه، وجعل منتهاه في العمرة السعي، وفي الحج طواف الإفاضة، ولم يراعِ الحلق في العمرة لأنَّه ليس بركن، وحكى ابن بشير الاتفاق عليه.

خليل: وانظر هل يلزمه المشي حتى يحلق على من رأى أن الحلق فيها ركن.

وما ذكره المُصَنِّف من أن منتهاه في الحج طواف الإفاضة هو مذهب "الْمُدَوَّنَة[١]"، قال فيها: وله أن يركب في رجوعه من مكة إلى منى وفي رمي الجمار بمنى، وإن أخَّر طواف الإفاضة، فلا يركب في رمي الجمار.

فَرْعٌ:

نص في "الْمُدَوَّنَة[٢]" على أن له أن يركب في المناهل، وفي الطريق لحاجة نسيها، ولمالك قول آخر: أنَّه لا يركب في ذلك، وأنَّه إن ركب فيستحب له أن يهدي، وأخذ ابن القاسم بالأوَّل، ولم يحمل أبو عمران هذا على الخلاف، وحمله على الاستحباب، واستضعفه صاحب " التنبيهات"، وزاد في "الأم " بعد قوله: أنَّه إن لم يقض، فلا يركب في رمي الجمار، وعن ابن القاسم أنَّه قال: ولا أرى به بأسًا.

عياض: واختلف الشيوخ في تأويل قول ابن القاسم: ولا أرى به بأسًا، هل يرجع إلى المسألة الأولى، وهو قول مالك: لا يركب في رمي الجمار، ويكون خلافًا، وإليه أشار اللَّخْمِيّ، أو يعود على الركوب في حوائجه، وهو تأويل أبي محمد، ويكون وفاقًا لقول مالك؟

قوله: (وقيل: منتهاه الجِمَار) أي: ولو طاف طواف الإفاضة. وهذا القول حكاه ابن حبيب عن أصحاب مالك.

وحكى اللَّخْمِيّ عن بعض أهل العلم خارج المذهب: أنه يركب في جميع المناسك، قال: هو الأصل؛ لأنَّ الناذر إنما قال: عليَّ المشي إلى مكة، فجعل مكة غاية مشيه، فلا يلزمه أكثر من ذلك. انتهى.

وهذا يظهر أنَّ في قول المُصَنِّف: (وصَوَّب) تبعًا لابن بشير، نظر؛ لأنَّ التصويب إنَّما يقال حيث يقطع المصوب بالحكم، واللَّخْمِيّ إنَّما أومأ إلى الترجيح.

وقوله: (بناءً.... إلخ) إن قلنا: إن ناذر المشي قد التزم أحد النسكين عرفًا فكأنَّه نوى المشي في أحد النسكين، وإن قلنا: إن ناذره لم يلتزم أحد النسكين، وإنَّما لزمه أحدهما؛ لأجل أن مكة لا تدخل إلا به، لم يلزمه المشي فيهما؛ لكونهما ليسا منذورين، فقوله: (التزامُ أحد الأمْرَين) تعليل للأولين، وإنَّما يبقى النظر؛ هل يلزمه إلى تمام

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٣.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٣.

الأركان، أو إلى تمام العبادة كلها؟

وقوله: (أو لأنَّها لا تدخل إلا به) تعليل لما صوَّبه اللَّخْمِيّ.

(ص): (**ولو ذَكَرَ موضعًا من الحرم، فثالثها: إن كان من المشاعر؛ كعرفة، لَزِمَه بناءً عليهما**)

تقدَّم أن المشهور عدم اللُّزوم، والقول باللُّزوم على ما ذكره المُصَنِّف.

ابن عبد السلام: لا أعرفه، وكأنَّه تَبِعَ فيه ابن بشير، وأظنُّه قصد إلى قول أَصْبَغ، فَغَيَّر فيه لفظة القرية بلفظه الحرم؛ لأنَّه قال: يلزمه كل ما هو داخل القرية، والصفا والمروة، والحطيم، والأبطح، والحجون، وأبي قبيس، وقعيقعان، وأجياد، ولا يلزمه ما هو خارج عن قرية مكة.

خليل: والظاهر: أن مراد المُصَنِّف وابن بشير بهذا القول قول ابن حبيب، وهو أنَّه يلزمه إذا سمى الحرم أو ما هو فيه، ولا يلزمه ما خارج منه ما عدا عرفات، والقول الثالث لأشهب.

وقوله: (بناءً عليهما) أي: فابن القاسم رأى أن العادة لم تقضِ بالتزام أحد النُّسكين إلا إذا ذكر البيت أو ما يشتمل عليه[1].

ورأى ابن حبيب وأَصْبَغ كون العادة أن الحرم أو مكة لا يدخل إلا بأحد الأمرين، ونيَّته تقتضي المشي إلى مكة، أو إلى شعيرة من شعائرها، فيلزمه المشي، والقول الثالث خارج عن فرض المسألة؛ لأنَّ عرفة ليست من الحرم، ووجهه غير خفي.

(ص): (**ولو قال: عليَّ المَشْيُ، ولم يقصد شيئًا، ففيها: لا يلزمه شيء، وألزمه أشهب مكَّة**)

(**ش**): إنَّما يلزمه في "الْمُدَوَّنَة[2]" شيء؛ لكون المشي بمفرده ليس بقربة، ولأنَّ هروبه من التعيين دليل على عدم الالتزام، ورأى أشهب أنَّ هذا إذا صدر فُهِم منه عرفًا التزام المشي إلى مكة، ولعلَّه إنَّما نسب المسألة " للمدونة " لإشكالها؛ لِكَوْنِهِ لم يحمل

---

(١) وقال القابسي: بل يخرج من بلده غير محرم فأينما أدركته أشهر الحج أحرم.
ابن يونس: وقول أبي محمد أولى لأن معنى قوله: أنا محرم بحجة أي إذا جاء وقت خروج الناس خرجت أنا محرما بخلاف من قال: علي المشي إلى مكة فهذا يحرم من ميقاته جعل مشيه في حج أو عمرة. التاج والإكليل ٥/١١٥.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٥.

لفظه على العرف.

(ص): (**وإذا لم يَمْشِ على المعتاد بطول المقام في أثنائه، فإن كان لضرورة أجزأه، وإن كان مُختارًا، ففي إجزاء ذلك المشي قولان**)

(ش): حاصله: أنَّه إن مشى على العادة أجزأه، ولا تضر الإقامة المعتادة، كالركب المغربي يقيم بمصر شهرًا أو نحوه ليأتي إبان الخروج، وكالإقامة بالعقبة ونحوها، وهذا يفهم من قوله: (**وإذا لم يَمْشِ على المُعْتَاد**)؛ يعني: وأما لو مشى على المعتاد أجزأه، ثُمَّ فصل في الذي لم يَمْشِ على المُعْتاد، فقال: إن كان لضرورة أو عدم رفقة، أجزأه المشي اتفاقًا، وإن لم يكن لضرورة فقولان، وهما روايتان بالإجزاء في "الْمَوَّازِيَّة"، وعدمه في "الواضحة".

ابن حبيب: وهو بمنزلة من عليه صوم شهرين متتابعين.

ورأى اللَّخْمِيّ أنَّ الإجزاء هو الجاري على قول مالك وابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[1]" فيمن نذر صوم سنة أنَّ له أن يأتي بها غير متتابعة، وصوَّبه ابن راشد؛ لأنَّ يمينه إنَّما تضمَّنت المشي، والتتابع أمر زائد، فلا يصار إليه إلا بدليل.

وقال ابن عبد السلام: والظاهر عدم الإجزاء؛ لأنَّ عرف الناس في السير التوالي، وأشار إلى أنَّ تخريج اللَّخْمِيّ ظاهر، لولا ما ذكرناه من العادة.

(**فإن كان مُعَيَّنًا ففاته أَثِم، وعليه قضاؤُهُ على المعروف**)

(**ش**): أي: فإن كان العام الذي نَذَر فيه الحج معينًا، فلم يخرج أو خرج، وأقام في الطريق مختارًا حتى فاته الحج، ويبين أنَّ مراد المُصَنِّف: أقام اختيارًا قوله: (أَثِم).

ابن بشير وابن شاس: وأصل المذهب وجوب القضاء، وكلاهما يقتضي أنَّه لا نص فيهما، وكلام المُصَنِّف يقتضي وجود النص، وأنَّ فيها قولا آخر بعدم القضاء، وكأنَّهما أشارا بأصل المذهب إلى مسألة (من نذر صوم يوم بعينه وأفطر فيه متعمدًا مختارًا فإنه يقضي).

خليل: وقد تقدَّم في الصوم إذا نذر صوم يوم معين ثم أفطر فيه لعذر، أربعة أقوال؛ المشهور: نفي القضاء، وثالثها: يقضي في النسيان دون المرض والحيض، ورابعها: يقضي إن لم يكن لليوم فضيلة، فانظر هل تأتي هنا؟ ويأتي الرابع هنا بأن تكون الوقفة

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٦.

جمعة، أو يفرق بشدة الحج وخفة الصوم، أو لحصول العذر في مسألة الصوم دون هذه، والله أعلم.

(ص): **(وإذا ركب لعَجْزٍ، فإن كان يسيرًا اغتُفِر وعليه دم، ثُمَّ إن قدر مشي، وإلا استمرَّ إلا أن يخرج إلى عرفة ويشهد المناسك والإفاضة راكبًا، فإنَّه كالكثير)**

(ش): الناذر للمشي يلزمه مشي الجميع، فإن عجز ركب، فإن كان ما ركبه يسيرًا، لم يؤمر بالرجوع للحرج ويسارة المتروك، ولَزِمَه هدي؛ لنقصه ذلك المشي.

وقوله: (ثُمَّ إِنْ قَدَرَ) يعني: إذا زال عذره بعد الرُّكوب اليسير عاد إلى المشي، وإن لم يزل استمر، ثم ينظر فيما ركبه، هل هو يسير أو كثير؟ ثُمَّ استثنى من اغتفار اليسير أن يكون ركوبه من حين خروجه إلى عرفة حتى يفرغ من طواف الإفاضة. فإنَّه وإن كان يسيرًا، فهو ملحق بالكثير، ونحوه في "الْمُدَوَّنَة[1]"؛ لأنَّ هذه الأفعال هي المقصودة، فصارت لذلك كالكثير.

ووقع في رواية الأندلسيين " للمدوَّنة " بإثر الحكم على أنَّ المشي في المناسك كالكثير، وأنه يرجع لمالك: أَفَتَرَى عليه أن يهدي؟ قال: أُحبُّ ذلك من غير أن أُوجِبه عليه. ولم يذكر هذه الرواية مختصر، والقرويين كحمديس وابن أبي زيد.

عياض: والرواية صحيحة معناها في "العُتْبِيَّة"، و"كتاب محمد": فإن قلت: إذا كان كالكثير، فلم لا أوجب الهدي لتفرقة المشي كما في سائر صور الكثير؟ الجواب: إنَّما جعله هنا مستحبًا لاختلاف العلماء؛ لأنَّ منهم من لا يرى المشي إلا إلى مكة فقط، والله أعلم.

(ص): **(وقالوا: ما دون اليوم يسير، وما فوق اليومين كثير، وفيما بينهما قولان، والحقُّ: أنَّه يختلف باختلاف المسافة)**

(ش): تصوُّره واضح، وحكى بعضهم أنَّه يرجع في ركوبه أقل من اليوم، وقال بعضهم: اليوم والليلة قليل، على ما في "الْمُدَوَّنَة[2]" و"العُتْبِيَّة " قرب المكان أو بعد، وعليه الهدي.

وروى ابن وهب: ولا هدي عليه.

(ص): **(وإن لم يَكُنْ يسيرًا رجع فيمشي ما ركب، وقيل: إلا أن يكون موضعه بعيدًا**

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٨.

جدًّا، فلا يرجع، فإن عَجَزَ ثانيًا لم يرجع)

(**ش**): أي: فإن كان ركوبه كثيرًا، رَجَعَ؛ لأنَّ المشي في ذمته، فَلا يخرج عن عهدته إلا بالإتيان به، وظاهره: أنَّه يرجع ويمشي أماكن ركوبه، سواءً كان ركوبه في أوَّل مراتب الكثرة أم لا.

الباجي: ورواه ابن الموَّاز عن مالك في الذي يركب عقبة ويمشي أخرى، أنَّه يرجع فيبتدئ المشي كله.

وفي "الواضحة " عن مالك: يرجع فيمشي ما ركب من غير تفصيل. انتهى.

وهذا هو ظاهر "الْمُدَوَّنَة[(١)]"؛ لقوله: وعرف أماكن ركوبه من الأرض، ثُمَّ يعود ثانية فيمشي أماكن ركوبه، ولا يجزئه أن يمشي عدد أيام ركوبه؛ إذ قد يركب موضعًا ركب فيه أولا.

خليل: وقد يقال ما في "الْمَوَّازِيَّة " ليس بخلاف، وإنَّما أمره مالك بمشي الطريق كله؛ لأنَّه لا يتحقَّق بطريق العادة، ضبط مواضع مشيه من ركوبه، لا سيما إذا كان الموضع بعيدًا جدًّا.

وحمل اللَّخْمِيّ ما في "الْمَوَّازِيَّة " على أنَّه كان قادرًا على الصَّبر على الرُّكوب في موضع ركوبه، قال: وأمَّا إذا كانت تلك قدرته، فلا يكلِّف مشي غير ما ركب. وعن ابن الماجشون في الذي ركب جل الطريق، أن يرجع فيمشي الطريق كله.

قوله: (وقيل: إلا أن يكون موضِعُهُ بعيدًا جدًّا، فلا يرجع) حاصله: أن من ركب كثيرًا إن كان موضعه قريبًا كالمدينة ونحوها، رجع ثانيًا باتفاق، وإن كان بعيدًا، فالمشهور الرُّجوع، وقيل: لا يرجع. وظاهر كلامه: أنَّ الخلاف موجود في البعد مطلقًا.

وفي "اللَّخْمِيّ" و"البَيَان": واختلف إذا كان بعيدًا مثل مصر ونحوها، وظاهر المذهب الرجوع.

ابن عبد السلام: والقول بعدم الرجوع لمالك في "كتاب ابن مُزين"، وأمَّا إن كان بعيدًا كإفريقية والأندلس، فلا يختلف في عدم رجوعه.

ابن رشد: لأنَّ رجوعه ثانية من إفريقية أشق من رجوعه ثالثة من المدينة؛ أي: والرجوع ثالثة ساقط باتفاق، كما أشار إليه المُصنِّف بقوله: (فإن عجز ثانيًا لم يرجع).

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٩.

واستحسن اللَّخْمِيّ وغيره ما في "كتاب ابن مزين"، وهو الذي تميل إليه النفس؛ إذ المشي في نفسه ليس بعبادة، وإنَّما وسيلة، والمقصد الحج أو العمرة، وقد أتى به، والقاعدة: أن الوسيلة تبع، فإذا أتى بالمقصد، فلا اعتبار بالتبع، وعلى هذا كيف يؤمر بالرجوع؟ وأيضًا فإنَّما ألزمنا الناذر المشي، إما لأنَّ نَذْرَه اقتضى التزام أحدهما، وإما لأنَّ نَذْرَه اقتضى دخول مكة، وهو لا يدخلها إلا بأحد النسكين، وعلى كل تقدير، فقد أتى بما التزمه.

تنبيهات

الأوَّل: إنَّما يؤمر بالرجوع من كان حين اليمين يظن أنَّه يمشي جميع الطريق وعجز، وأما لو علم من نفسه أنه لا يطيق ذلك، إما لكبر أو لضعف جسم، أو نوى أنَّه لا يمشي إلا ما يطيقه، ولو كان شابًا، فلا شيء عليه ولا هدي ولا رجوع، وفي "الْمُدَوَّنَة[1]": ولو علم حين أوَّل خروجه أنَّه لا يقدر أن يمشي كل الطريق في ترداده إلى مكة مرتين، أو كان شيخنا زَمِنًا، أو امرأة ضعيفة، أو مريضًا آيسًا من البرء، فلا بد أن يخرج أوَّل مرَّة ولو كان راكبًا، ويمشي ولو نصف ميل، ثُمَّ يركب بعد ذلك ويهدي.

والثاني: حيث قلنا يرجع، فالمراد إنَّما يرجع في حج أو عمرة، وليس المراد أن يمشي في حال رجوعه من سفره باتفاق.

الثالث: إنَّما يرجع إذا ظن أنَّه يقدر في الثانية على تمام المشي، وأمَّا لو علم أنه لا يقدر ثانيًا على تمام المشي، فإنَّه يقعد ويهدي، قاله في "الْمُدَوَّنَة[2]" ابن الموَّاز: ويجزئه هدي واحد.

(ص): (**فإن رَكِبَ مُختارًا، ففي كونه كالعاجز قولان**)

(**ش**): القول بأنه كالعاجز لابن الموَّاز، ومعنى كالعاجز: أنَّه يفرق بين أن يكون يسيرًا فلا يرجع، وبين أن يكون كثيرًا فيرجع. الآخر لابن حبيب، حكاه عن بعض أصحاب مالك، وعليه فيرجع في اليسير والكثير، وأشار إلى أنَّه كمن فرق بين الصيام التتابع مُختارًا، بخلاف ما إذا كان ركوبه لعجز.

ورد بأنَّه لو كان ركوبه كالصيام، لَزَمَ أن يتعين العام الثاني للقضاء في حق العاجز، كما يتعيَّن في زمان الصحَّة في حق من قطع صيام التتابع لمرض، ولا نعلم من يقوله.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٣٩.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٤١.

ابن يونس: وقول ابن حبيب خلاف ظاهر "الْمُدَوَّنَة[١]"، فلا فرق على مذهب "الْمُدَوَّنَة" بين من ركب لعذر أو لغيره.

(ص): (**وله جَعْلُ مَشْيِهِ الثاني في غير ما كان الأوَّل من حجٍّ أو عمرة إذا كان نذره مُبهمًا**)

(ش): يعني: إذا نذر مشيًا مبهمًا، ولم يقل في حج ولا عمرة، فله أن يجعله في حج أو عمرة، فإذا عجز وأمر بالرجوع، فله أن يجعل مشيه الثاني في عمرة إذا كان الأوّل في حج، وعلى المشهور، فقال ابن الماجشون: إنَّما يكون له ذلك؛ حيث يكون ركوبه في الحج في غير المناسك، وأمَّا إن عجز في خروجه لعرفة وطواف الإفاضة، لم يكن له أن يجعل الثاني في عمرة؛ يريد: لأنَّ المشي فيهما واجب، ولا يكون إلا في الحج، وتأوَّل ابن أبي زيد، وصاحب " النكت الْمُدَوَّنَة[٢]" عليه، وتأوَّلها بعضهم على أن له أن يجعل مشيه الثاني في غير ما كان الأول، وإن كان قد مشى في مناسك حجه أولا، وقال اللَّخْمِيّ: قول عبد الملك يصح على مذهب ابن القاسم في مسألة الفوات، يعني: التي ذكرها المُصَنِّف بعد، وليس ذلك على مذهب مالك فيها.

(ص): (**أمَّا لو فاته الحج، جعله في عمرة وقضى راكبًا، ويُهدي لفواته، وقيل: يمشي المناسك**)

(ش): أي: فإن أحرم بالحج في النذر المبهم ففاته، فإنَّه يتحلَّل بعمرة، ويمشي فيها إلى تمام السعي، وينقضي نذره، ثُمَّ يحتاج إلى أن يقضي الحج على حكم الفوات، وله الركوب فيه إلى أن يصل إلى مكة، ثُمَّ هل له أن يخرج للمناسك راكبًا وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة[٣]"؛ لأنَّ النَّذر قد انقضى، وهذا إنَّما هو للفوات، أو لا يجوز له الركوب، ويلزمه المشي في المناسك؛ لأنَّه لما أحرم أوَّلا بالحج، فكأنه التزم المشي في المناسك؟ ونسبه ابن يونس لابن القاسم وسحنون، قال: وهو أصحُّ.

(ص): (**وأما لو أفسده بالوطء، أتمَّه، وقضى ماشيًا من الميقات، وعليه هَدْي الفَسَاد وهَدْي تبعيض المشي**)

(ش): يعني: فلو كان الإفساد عِوَض الفوات، لَزِمَه إتمامه كما في سائر صور

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٤٢.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٤٢.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٤٤.

الفساد، ولم يصرِّح، هل يتمادى ماشيًا أو راكبًا؟

ابن هارون: والأقرب أنَّه لا يلزمه المشي؛ لأنَّ إتمامه ليس من النَّذر في شيء، وإنَّما هو لإتمام الحج، ثم إذا قضى الحجَّة، لم يلزمه المشي فيما قبل الميقات؛ لأنَّه قد مشاه أولا، والفساد لم يتسلَّط إلا على ما بعد الإحرام، وينبغي على هذا لو أحرم أولا قبل الميقات أنَّ يخرج منه ثانيًا ويمشي منه؛ ليصح له المشي الذي فسد في الأول، ولا إشكال أن عليه هديين؛ أحدهما: للفساد، والثاني: لتفريق المشي[1].

(ص): **(ولو مشى الرَّاجع الجَمِيع، لم يسقط الهَدْيُ على الأصحِّ)**

(ش): مقابل الأصح قول ابن المواز، والأصح للمتأخرين، وقالوا: كيف يسقط الهدي المقدر في ذمَّته بمشي غير واجب.

ابن بشير: ومثَّلوه بمن صلَّى صلاة سها فيها، فوجب عليه سجود السهو فأعادها ثانيًا، أن السجود يتقرَّر في ذمته.

وفرق بعضهم بأنَّ المصلي أخطأ في الإعادة، وإنَّما تقرَّرت في ذمَّته سجدتا السهو، فإذا أعادها أتى بما لم يؤمر به، فلم تسقط الإعادة ما تقرَّر في ذمته، وفي الحج هو مأمور بالعودة، فإذا أعاد واستكمل المشي، فقد استوفى ما في ذمته من المشي في عودة مأمور بها، ففارق مسألة الصلاة.

ومن نظرائها إذا أحرم بالحج بعد أن سعى للعمرة وقبل أن يحلق لها، وحكمنا بالتزام الدم بسبب تأخير الحلاق، ولو تعدَّى فحلق، فهل يسقط عنه دم تأخير الحلاق

---

(١) قال اللخمي: واختلف في مشي المناسك إذا نذر الحج فقال مالك يمشي المناسك. وذهب بعض أهل العلم إلى أنه يركبها. ورجع مالك مرة لمثل ذلك فقال في كتاب محمد إن جهل فركب المناسك ومشى ذلك قابلا فلا هدي عليه. قال محمد ولم يره بمنزلة من عجز في الطريق. قال ابن القاسم ذلك فيما ظننت لأن بعض الناس رأى أن مشيه الأول يجزئه وأرخص في الركوب إلى عرفة. قال الشيخ: وهذا هو الأصل لأن الناذر إنما قال علي المشي إلى مكة فجعل غاية مشيه إلى مكة فلم يلزمه أكثر من ذلك ولو كانت نيته الحج. ولو قال رجل علي المشي إلى مصر في حج لم يكن عليه أن يمشي إلا إلى مصر لم يركب ويحج. فكذلك قوله على المشي إلى مكة في حج يمشي إلى مكة ويركب فيما سواها إلا أن ينوي مشي المناسك. وقول ابن حبيب يمشي لرمي الجمار وإن كان قد أفاض فلعادة فإن لم تكن كان له أن يركب انتهى. وهذا الذي ذكره ظاهر إذا قال علي المشي إلى مكة أو قال علي المشي إلى مكة في حج وأما إذا قال علي الحج ماشيا فالظاهر لزوم مشيه الجميع والله أعلم. مواهب الجليل ٤/٥١٢.

أم لا؟ ونظير ذلك: إذا قام من اثنتين واستقلَّ قائمًا، ثُمَّ رجع إلى الجلوس، هل يسقط عنه السجود القبلي لأنه زاد أو نقص، أم لا؟ وإذا تعدَّى الميقات، ثُمَّ أحرم ورجع، هل يسقط عنه دم التجاوز؟ المنصوص فيها عدم السقوط، وخرَّج بعضهم السقوط من مسألة الصلاة والتعدِّي بالحلق.

(ص): **(ولو نوى الحج لم تُجزه العمرة، وكذلك العكس على المشهور)**

(ش): هذا قسيم قوله: (وله جعل مشيه الثاني في غير ما كان الأول من حج أو عمرة، إذا كان نذره مبهمًا) أي: وإن كان نذره معينًا، إمَّا باللفظ، وإمَّا بالنِّيَّة، فإن عيَّن أولا الحج، لم يجزه أن يرجع ثانيًا في عمرة باتفاق؛ لعدم استلزام الحج للعمرة، واختلف إذا عين أولا العمرة، هل له أن يجعل مشية الثاني في حج؟

مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]" لا؛ لتغايرهما، ومقابل المشهور لابن حبيب؛ لأنَّ الحج مشتمل على العمرة وزيادة.

واعلم أن لهذه المسألة صورتين:

الأولى: إذا عجز ثُمَّ رجع، كما ذكرنا، وقد ذكر في "الْمُدَوَّنَة[2]" المسألة على هذا الوجه، وكذلك ذكرها ابن يونس، وحكى قول ابن حبيب.

والثانية: هل له ذلك ابتداءً أو لا؟

وكذلك ذكرها ابن بشير، وذكر أن المشهور: لا ينتقل عمَّا نواه، وأنَّ الشَّاذ: له أن ينتقل عن العمرة إلى الحج.

وذكر اللَّخْمِيّ قول ابن حبيب بالإجزاء في الوجهين؛ في الابتداء وفي العجز، والأظهر حمل كلامه على العجز؛ لأنَّه قسيم كلامه الأوَّل؛ ليوافق فرض "الْمُدَوَّنَة[3]"، وقد يقال: بل الأظهر أن يحمل كلام المُصَنِّف على مجموع الصورتين، ليكون أعمّ فائدة.

(ص): **(ولِمَن جَعَلَهُ لعُمْرَة أن يُنشئ الحجَّ إذا أكملها، ويكون مُتَمَتِّعًا بشروطه)**

(ش): ولمن جعل مشيه في عمرة إما لأنَّه عيَّن ذلك ابتداءً، أو اختار ذلك في النذر المبهم، أن ينشئ الحج إذا فرغ من عمرته، ويكون مُتَمَتِّعًا، يجب عليه دم التمتُّع

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٤٥.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٤٥.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٤٧.

بالشُّروط المتقدِّمة في "كتاب الحج"، وهذا في غير الضرورة. وأمَّا الضرورة؛ فيبقى الأمر فيه على الخلاف في الحج، هل هو على الفور أم لا؟ فإن قلنا على الفور وجب عليه الإحرام بالحج، وإلا فلا.

(ص): **(أما لو حجَّ ناويًا نَذْرَه وفريضته مُفرِدًا أو قارنًا؛ فأربعة: لا يجزئه عن واحدٍ منهما، والمشهور: يجزئه عن النَّذْر، ويُجزئه عن الفرض، ويجزئه عنهما ما لم يكن النذر بالحج مُعَيَّنًا)**

(**ش**): هذه المسألة لها صورتان كما سبق، وجمعهما لاتفاق حكمهما:

الأولى: أن يحجَّ مفردًا ينوي بتلك الحجة فرضه ونذره.

والثانية: أن يحجَّ قارنًا ينوي العمرة للنذر والحج للفرض، وذكر اللَّخْمِيّ فيهما أربعة أقوال:

الأوَّل: لا يجزئ عن واحد منهما فيهما، ونسبه اللَّخْمِيّ لمالك.

الثاني: وهو المشهور، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]": أنَّه يجزئ عن النذر في الصورتين، قال في "الْمُدَوَّنَة": وعليه قضاء الفريضة قابلا.

الثالث: عكسه للمغيرة: يجزئ عن الفريضة فقط، عبد الملك: وبه أقوال.

والرابع: لابن الموَّاز فسَّر به كلام ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[2]": إن كان نذره مبهمًا بأن قال: علي المشي، ولم يقل في حج أو عمرة، أجزأه عن حجه ونذره، وعليهما يعود الضمير من قوله: (عنهما)، وإن كان نذره بالحج معينًا، ولم يجزه عن واحد منهما، ووقع في بعض النسخ: (ويجزئ عنهما)، وليست صحيحة؛ لعدم مطابقتها للنقل.

اللَّخْمِيّ: وأرى إذا قرن أن يجزئ عن حجة الإسلام وعن نذره، قياسًا على من أتى بحجة الإسلام قارنًا، فإنه يجزئه عن حجَّة الإسلام ويكون قارنًا، وفرق بأن العمرة هنا واجبة، والأصل أنَّ الفعل الواحد لا يجزئ عن واجبين، بخلاف العمرة في المسألة الأخرى.

وقول ابن الموَّاز منصوص في الصورتين، فقد ذكره ابن يونس في الصورة الثانية؛ أعني: إذا قرن، وذكره الباجي في الصورة الأولى، وعلَّله بأنَّه إذا قيَّده بالحج، فقد نذر حجَّة تامَّة، فلمَّا قرنها بغيرها كانت ناقصة، وإذا أطلق لم يلتزم حجَّة كاملة، فلم يضره

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٤٨.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٤٨.

ما أشرك معها.

ابن يونس: ولم يختلف في قضاء الفريضة قول مالك وأصحابه، إلا عبد الملك، فإنه روى عن مالك أنَّه يعيدهما جميعًا استحبابًا، وقاله أَصْبَغ. وقال بعضهم: وقول ابن المواز بعدم الإجزاء للحج والنذر في التعيين خلاف قول ابن القاسم في (كتاب الحج الأول) من "الْمُدَوَّنَة[1]" في مسألة العبد يحرم بالحج، فيحلله سيده ثم يعتقه، فينوي القضاء والفريضة، أنه يجزئه للقضاء لا للفريضة.

ابن يونس: وليس الأمر كما قال؛ لأنَّ العبد لم ينذر حجه الأول ماشيًا كما نذره الحر، وإنما أحرم بحجه تطوُّعًا، فهو كمن نَذَرَ مشيًا، فيمشي في حجة ينوي بذلك فرضه ونذره، فهذه تجزئه عن نذره لا فريضته، ولو نذر العبد أن يمشي فمشى في حج فحلله سيده، ثم عتق فمشى في حج ينوي به القضاء والفريضة، لوجب ألا يجزئه عن واحد منهما على قول ابن القاسم، والحر والعبد في هذا سواء.

فَرْعٌ:

قال ابن الموَّاز: إذا مشى لنذره حتى بلغ ميقاته فأحرم بحجَّة نوى بها فرضه، فإنها تجزئه لفرضه، ثُمَّ يحرم بالعمرة بعد ذلك من ميقاته، ليمشي ما بقي له من نذره.

(ص): **(وإذا لم يُعَيِّن الناذر بلفظ الإحرام وقتًا له، ففي كونه على الفور قولان، وفيها يحرم بالعمرة على الفور، إلا إذا عدم الصحابة، ولا يلزمه إحرام الحج إلا في أشهر الحج، وقُيِّدَ إن كان يصل، وإلا ففي تأخير الإحرام قولان)**

(ش): مثاله: إن كلمتُ فلانًا فأنا مُحْرِم بحجَّة أو عمرة، فإن نوى تقديمًا أو تأخيرًا أو صرَّح بذلك، لم يلزمه إلا ما نوى أو صرَّح به، وإن لم يعيِّن شيئًا لا بلفظه ولا بنيته، لا كما يفهم من ظاهر كلام المُصَنِّف من قصر ذلك على اللَّفظ، وقد صرَّح في "الْمُدَوَّنَة[2]" بأنَّ النِّيَّة مساوية للَّفظ في التعجيل والتأخير، والقول بفورية الإحرام لعبد الوهاب، وعلَّله بأنَّ النُّذور المطلقة محملها على الفور، أو عقب السبب الذي علّق عليه.

ابن عبد السلام: والقول الآخر ظاهر الروايات.

وتأوَّل الباجي قول عبد الوهاب على الاستحباب.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٥٠.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٥١.

ابن عبد السلام: وهو الصَّحيح؛ لأنَّ المستلزم بالنَّذر أحد النسكين، وهو أعمّ من الفور والتراخي، وذكر المُصَنِّف مذهب "الْمُدَوَّنَة"[1] لتضمُّنه التَّفصيل، وفرق الشيخ أبو محمد بين الحج والعمرة بأنَّ العمرة لا وقت لها معيَّن فوقتها حنثه، والحج له أشهر معلومات يكره تقديمه عليها، وفي انعقاده في المذهب وخارجه خلاف، فلا يحرم حتى تدخل، وتبعه في هذا الفرق اللَّخْمِيّ وغيره، وقوله في "الْمُدَوَّنَة" في العمرة: (إلا إذا عدم الصحابة) خالف فيه سحنون، ورأى أنه يحرم بالعمرة وقت حنثه، وإن لم يجد صحابة، وقيد الشيخ أبو محمد قوله في "الْمُدَوَّنَة" في الحج: (أن يؤخر إحرامه إلى أشهر الحج) بمن كان يصل من بلده في أشهر الحج، وأمَّا إن كان لا يصل، فهذا يلزمه الخروج والإحرام قبل أشهر الحج من وقت حِنْثِه.

ابن يونس: يريد الإحرام من وقت يصل فيه إلى مكة ويدرك الحج.

وحكي لنا عن أبي الحسن القابسي أنَّه قال: بل يخرج من بلده غير محرم، فأينما أدركته أشهر الحج أحرم.

ابن يونس: وقول أبي محمد أولى؛ لأنَّ معنى قوله: أنا محرم بحجة؛ أي: إذا جاء وقت خروج النَّاس خرجت أنا مُحْرِمًا، على ذلك يحمل قوله ويدل لفظه، وفي "كتاب ابن الموَّاز " ما يؤيده، قال فيه: في موضع يحرم في أشهر الحج، وقال في موضع آخر: يحرم في أول الحج، فهذا يدل على صحة تأويل أبي محمد، وهو معنى قول المُصَنِّف: (وقُيِّدَ إن كان يصل، وإلا ففي تأخير الإحرام قولان)

(ص): (**وخُرِّجَ عليه المشي في الفَوْرِيَّة لا في الإحرام، والمشهور فيه التَّرَاخِي**)

(**ش**): أي: وخرج فيها إذا قال: (لله علي المشي) قول بفورية المشي من القول بفورية الإحرام بجامع القرية.

وما حكاه من أن المشهور التراخي ثبت كذلك في نسخة، ولم أقف عليه، ولا يلزم على ما ذكره المُصَنِّف أن يكون المشهور كذلك في الإحرام؛ لأنَّ الإحرام ركن، والمشي وسيلة، والوسائل أخفض رُتبة من المقاصد.

(ص): (**وفيها: أنا مُحْرِم، أو أُحْرِم يوم أفعل كذا يكون مُحْرِمًا يوم يَفْعَلُهُ، وفرَّق سحنون وقال: يكون بقوله (مُحْرِمٌ) مُحرمًا، فقيل: أراد الفَوْر فيُنْشِئ، وقيل: أراد أنَّه**

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٥١.

مُحرم بنفس حِنْثِه)

(ش): ابن راشد: وإذا قال: إن كلَّمت فلانًا، فأنا أحرم بحجة أو عمرة فكلَّمه، فلا خلاف في أنَّه لا يكون محرمًا حتى ينشئ الإحرام،وإن قال: أنا **محرم**، فقال مالك: لا يكون محرمًا حتى ينشأ الإحرام، وقال سحنون: يكون محرمًا. واختلف الشيوخ في معناه على ما ذكره المُصَنِّف، واستشكل اللَّخْمِيّ كونه مُحرِمًا بنفس الحِنْث، وهو حقيق بالإشكال؛ لأنَّ الإحرام عبادة تفتقر إلى نيَّة، ومن شرط العبادات كالصلاة والصيام أن تكون النِّيَّة مقارنة للفعل أو مقاربة له، وقد تمضي ليمنه السنون ثُمَّ يحنث، فإن قلت: ما الفرق بين هذه المسألة، فإنه ألزمه في "الْمُدَوَّنَة[1]" على الفور، وبين المسألة المتقدِّمة، وهي قوله: إن كلمت فلانًا فأنا محرم، وقد تقدَّم أنه في "الْمُدَوَّنَة" لم يلزمه الإحرام بالحج إلا في أشهر الحج؟

قيل: لأنَّ ذكره اليوم قرنية في إرادة الفور؛ لحصره الزمان، بخلاف المسألة الأخرى.

(ص): **(ومن نَذَرَ أن يُصلِّي أو يعتكف في مسجد من المساجد النائية عن محله، لم يلزمه، وصلَّى مكانه، إلا في أحد الثلاثة المساجد)**

(ش): لما في "مسلم " وغيره عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لا تُشَدُّ الرِّحَالُ إلا إِلَى ثَلاثَةِ مَسَاجِدَ: مَسْجِدِي هَذَا، وَمَسْجِدِ الْحَرَامِ، وَمَسْجِدِ الأَقْصَى"[2].

ورأى العلماء أنَّ هذا مخصص لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "من نذر أن يطيع الله فليطعه"[3]، وإنما اختصَّ اللُّزوم بهذه الثلاثة لزيادة الفضل فيها، ولا يلحق بها مسجد قباء على المشهور، خلافًا لابن مسلمة[4].

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٥١.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (١١٨٩) ومسلم، برقم (١٣٩٩).

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٦٦٩٦) ومسلم، برقم (١٨٤٧).

(٤) قد قال مالك وجماعة من أهل العلم فيمن نذر رباطا في ثغر يسده فإنه يلزمه الوفاء به حيث كان الرباط لأنه طاعة لله تعالى

فأما من نذر صلاة في مسجد لا يصل إليه إلا برحلة وراحلة فلا يفعل ويصلي في مسجده إلا في الثلاثة المساجد المذكورة فإنه من نذر الصلاة فيها خرج إليها

قال مالك من نذر أن يصلي في مسجد لا يصل إليه إلا برحلة فإنه يصلي في مسجد بلده إلا أن ينذر ذلك في مسجد مكة والمدينة وبيت المقدس فإن نذر في هذه المساجد الثلاثة الصلاة =

(ص): (فلو نَذَرَ المَشْيَ لم يَلْزَمْه في الثلاثة على المشهور)

(ش): المشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، وقال ابن وهب: يلزمه المشي، واستحسنه اللَّخْمِيّ والمازري وغيرهما؛ لأنَّه طاعة، فيجب الوفاء بها وتبع المُصَنِّف هنا ابن بشير، فإنَّه ذكر أنَّ المشهور عدم لزوم المشي في الثلاثة المساجد، لكن إنَّما فرض المسألة في "الْمُدَوَّنَة" وغيرها في مسجد المدينة وبيت المقدس، وسكت عن مسجد مكة، ونص إسماعيل على المساواة، وأنَّه إذا نذر المشي إلى المسجد الحرام للصلاة لا للحج، لم يكن عليه أن يمشي ويركب إن شاء، ولا يدخل إلا محرمًا، وكلام صاحب " الإكمال " يقتضي أن قول إسماعيل مخالف للمذهب، ولفظه: فمن قال: لله عليَّ صلاة في أحدها - أي: المساجد الثلاثة - وهو في بلد غير بلادها، فعليه إتيانها، وإن قال: ماشيًا، فلا يلزمه المشي إلا في حرم مكة خاصة، وأمَّا المسجدان الآخران؛ فالمشهور عنه أنَّه لا يلزمه المشي إليهما ويأتيهما راكبًا، وقال ابن وهب: بل يأتيهما ماشيًا، وهو أقيس؛ لاتفاقهم على أن من قال: علي المشي إلى مكة أن عليه أن يمشي إليها، ثم ذكر قول القاضي إسماعيل.

(ص): (فلو كان الموضع قريبًا جدًّا فقولان، ثُمَّ في المشي قولان)

(ش): أي: فلو كان المسجد الذي نذر الإتيان إليه قريبًا لا يحتاج إلى شد الرحال، فقولان: ظاهر "الْمُدَوَّنَة[2]" أنَّه لا شيء عليه؛ لقوله: ولو نذر الصلاة في غيرها من مساجد الأمصار صلَّى بموضعه ولم يأتِهِ، ونحوه في "الرسالة"؛ لقوله: وأمَّا غير هذه الثلاثة المساجد، فلا يأتيها ماشيًا ولا راكبًا لصلاة نَذَرَهَا وليصل بموضعه.

ابن المَوَّاز: قيل: إلا أن يكون المسجد الذي نَذَرَ أن يأتيه قريبًا مثل الأميال اليسيرة، فليأته ماشيًا ليصلي فيه كما جعل على نفسه، والمشي في ذلك ضعيف، وقال ابن حبيب: إن كان المسجد الذي نَذَرَ أن يأتيه ماشيًا معه في موضعه، ومثل مسجد جمعته، أو مسجده الذي يصلي فيه الصلوات الخمس، فيلزمه أن يمشي إليه ويصلي فيه ما نذر، وقاله مالك، واستحسن اللَّخْمِيّ وغيره هذا القول؛ عملا بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ

=

فعليه السير إليها. الاستذكار ٢/ ٤١.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٥٣.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٥٤.

وَسَلَّمَ: "مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ فَلْيُطِعْهُ"(١)، وحديث: "لا تُشَدُّ الرِّحَالُ"(٢) لا يعارضه، وما ذكرناه من ظاهر "الْمُدَوَّنَة(٣)" هو مقتضى فهم اللَّخْمِيّ وابن يونس وغيرهما، كذكرهم هذين القولين بعد لفظ "الْمُدَوَّنَة"، وانظر هذا الفهم مع ما قاله في "الْمُدَوَّنَة" في (باب الاعتكاف): من نذر جوار مسجد مثل جوار مكة، لزمه ذلك في أي البلدان كان، إذا كان ساكنًا بالبلد، ولم أرَ من قال: يلزمه الذَّهاب، ولا يلزمه المشي كما قال المُصَنِّف، والله أعلم.

(ص): **(ولو كان في أحدهما والتزم الآخر لَزِمَهُ على الأصحِّ، والمشهور إلا أن يكون الثَّاني مفضولا)**

(ش): يعني: لو كان في أحد المساجد الثلاثة ونَذَرَ أن يأتي الآخر، فالمشهور: إن كان في مفضول والتزم الأفضل لَزِمَهُ، وإن كان بالعكس لم يَلْزَمْه، وهذا القول حكاه اللَّخْمِيّ ولم يذكر سواه؛ لأنَّه قال: إن كان بمكة أو المدينة فنذر الصَّلاة بمسجد بيت المقدس، صلَّى بموضعه وأجزأه، وإن كان مقدسيًا ونذر الصلاة بمكة أو المدينة أتاهما، وإن نذر مكيّ الصلاة بمسجد المدينة أو العكس أتاه، وذلك أحوط ليخرج من الخلاف، وقياس قول مالك يأتي المكي المدينة بخلاف العكس، انتهى.

المازري: وقال بعض شيوخنا وذكر اللفظ المتقدِّم: وعلى هذا يكون المُصَنِّف شهر قول اللَّخْمِيّ، لكن قال ابن عبد السلام، انتهى.

المازري: وقال بعض شيوخنا وذكر اللَّفظ المتقدِّم: وعلى هذا يكون المُصَنِّف شهر قول اللَّخْمِيّ، لكن قال ابن عبد السلام: إن غير واحد يرى أنه المذهب.

ابن بشير: والظاهر من المذهب: أنَّه يلزمه الإتيان إلى أحد هذه المساجد، وإن كان الموضع الذي هو فيه أفضل من الموضع الذي التزم المشي إليه، وهذا هو الأصح الذي ذكر المُصَنِّف، وكأنَّ المُصَنِّف والله أعلم صحَّحه؛ لأنَّ نذر ذلك طاعة، ومن نذر أن يطيع الله فليطعه، وقد ألزم في "الْمُدَوَّنَة(٤)" المكي والمدني إذا التزما رباطًا بموضع أن يأتياه، وإن كانت مكة والمدينة أفضل منه.

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٥٤.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٦٥٦.

ابن عبد السلام: ولا أذكر هذا الأصح لغير ابن بشير، فإن قلت: ظاهر كلام المُصَنِّف أنَّ في المسألة ثلاثة أقوال: الأصحُّ اللُّزوم مطلقًا، ومقابله، والمشهور التفصيل، فالجواب: نعم هو كذلك، لكن لم أرَ القول بعدم اللُّزوم مطلقًا، وعلى هذا فالمشهور هو مقابل الأصحّ، والله أعلم.

(ص): **(والمدينة أفضل، ثُمَّ مَكَّة، ثُمَّ بيت المقدس)**

(ش): لا خلاف في أفضلية مكة والمدينة على بيت المقدس، وإنما اختلف العلماء في مكة والمدينة، ما عدا موضع قبره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فالإجماع على أنَّه أفضل بقاع الأرض كلها، نقله في "الإكمال"، والمشهور من المذهب أن المدينة أفضل، وهو قول أكثر أهل المدينة، وقال ابن وهب وابن حبيب: مكة أفضل[1].

قال في "الإكمال": وهو قول أهل مكة، والكوفة، والشافعي.

(ص): **(فلو قال: عليَّ المشي إلى المدينة أو المقدس، ولم ينوِ الصلاة، فلا شيء عليه، بخلاف أن يسمِّي مسجديهما)**

(ش): يعني: أنه قال: علي المشي إلى المدينة أو المقدس، فإن نوى الصلاة أو ذكر مسجديهما، وإن لم ينوِ الصلاة، لَزِمَه الذهاب، وإن لم يحصل أحدهما لم يلزمه؛ لأنَّ المشي لا يلزم إلا أن يكون قربة؛ إذ قد يراد به التِّجارة وغير ذلك، وإذا احتمل ذلك، فالأصل براءة الذمة، فلا تعمر بالشك.

استشكل شيخنا رحمه الله، وابن عبد السلام عدم إلزامه؛ لأنَّ المتبادر إلى الذهن والعرف إنما يقصد هذان المكانان للصلاة في مسجديهما، فكان ذكر البلدين كذكر المسجدين؛ لدلالة الملزوم على لازمه.

---

(١) فضيل المدينة على مكة أو مكة على المدينة مسألة قد اختلف فيها أهل العلم
وذكر أبو يحيى زكريا بن يحيى الساجي قال اختلف الناس في تفضيل مكة على المدينة
فقال مالك وكثير من المدنيين المدينة أفضل من مكة
وقال الشافعي مكة خير البقاع
وهو قول عطاء بن أبي رباح والمكيين وأهل الكوفة أجمعين
قال واختلف أهل البصرة في ذلك فطائفة قالوا مكة وطائفة قالوا المدينة
وقال عامة أهل الأثر الصلاة في المسجد الحرام أفضل من الصلاة في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائة صلاة ومن الصلاة في سائر المساجد بمائة ألف صلاة والصلاة في مسجد الرسول أفضل من سائر المساجد بألف صلاة. الاستذكار ٢/٤٦٠.

قال شيخنا رحمه الله: وكيف يطيب على نفس مسلم أن يأتي المدينة ولا يصلي في مسجد نبيه، ولا يسلم على وسيلته ووسيلة أبيه آدم عليه الصلاة والسلام؟!

(ص): **(وإذا نذر هديًا مُطلقًا، فالبدنة أولى، والبقرة والشاة تُجزئ)**

(ش): قوله: (وإذا نذر هديًا مطلقًا) يحتمل أن يريد به من غير تعيين، ويحتمل أن يريد به، سواءً كان معلقًا أو لا، وما ذكره المُصَنِّف من أن البدنة أولى، والبقرة الشاة تجزئ نص عليه في "الْمُدَوَّنَة[1]" في الحج الثاني[2].

ووقع في (كتاب النذور) أنَّ من قال: إن فعلت كذا فعليَّ هدي، فإن نوى شيئًا فهو ما نوى، وإلا فعليه بُدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد وقصرت النفقة رجوت أن تجزئه شاة. ورجعها مالك وقال: البقر أقرب شيء بالإبل.

واختلف الشيوخ في الموضعين؛ فذهب اللَّخْمِيّ إلى أن ذلك اختلاف قول، ويخرج من كل واحدة قول في الأخرى، وأشار إلى أنَّه يمكن أن يجري فيها الخلاف أيضًا، من الخلاف فيمن قال: عليَّ صوم شهر، وصام بغير الهلال، هل يلزمه ثلاثون يومًا أو تسعة وعشرون؟

وذهب جماعة إلى أنَّه وفاق، واختلف هؤلاء على مذهبين، حمل التُّونُسِيّ ما في النُّذور على الاستحباب، وفرق بعضهم بينهما بأن هذه يمين، والتي في (كتاب الحج) بغير يمين، فلذلك كانت أخف.

ابن يونس: وقيل: بل ذلك اختلاف قول، ولا فرق بين ما عقد بيمين أو كان نذرًا، وقد نقل أبو محمد هذه؛ أي: ما في النذور.

وإن قال: علي هدي، ثُمَّ ذكر الجواب، فدلَّ على أنَّهما عنده سواء، وكذلك في "كتاب محمد"، وهو الصواب، فاختار أنَّهما اختلاف كاللَّخْمِيّ، ووقع في بعض النُّسخ: (وإذا نَذَرَ هديًا مطلقًا فقولان) وهي ظاهرة مما ذكرناه.

(ص): **(فإن نَذَرَ بَدَنَةً فقصَّر عنها فالمشهور: بقرة، فإن قصَّر عنها فالمشهور: سبع**

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٥٧.

(٢) من نذر أن يضحي ببدنة لم تقم مقامها بقرة مع القدرة عليها وأما مع العجز ففي أجزائها خلاف وأجزاء مذهب المدونة وكذلك الخلاف في أجزاء سبع من الغنم عند عجزه عن البقرة فإن نذر هديا فعليه ما نوى فإن لم ينو شيئا فعليه أن ينحر بمكة بدنة فإن لم يجد ذبح بقرة فإن لم يجد أجزأه شاة. القوانين الفقهية ص/١١٣.

من الغنم، فإن قصَّر فالمشهور: أنَّ صيام سبعين يومًا لا يجزئه كمن نَذَرَ عِتْقًا فعجز، وعلى الصيام ففي تخييره فيه، وفي إطعام سبعين مِسْكِينًا قولان)

(ش): أي: وسواء كان نذره معلقًا أم لا، فإنه يلزمه أن يهدي بدنة، فإن لم يجد بدنة ففي "الْمُدَوَّنَة[1]" تجزئ بقرة، لما قاله الخليل: البقر من البدن، وقال ابن نافع: لا يجزئه[2].

اللَّخْمِيّ: وهو أحسن لأنَّ النَّاس لا يعرفون البدن إلا من الإبل، فإن لم يجد البقرة ففي "الْمُدَوَّنَة[3]" تجزئ سبع من الغنم أي سبع شياه؛ لأنَّ البقرة لما كانت تجزئ عن سبع على قول بعض العلماء عادلت سبعًا من الغنم.

وفي "الْمَوَّازِيَّة": إن لم يجد بقرة فعشر من الغنم، قال في "الْمُدَوَّنَة[4]": فإن لم يجد الغنم لضيق وجده، فلا أعرف في هذا صومًا، إلا أن يحب فليصم عشرة أيام، فإن أيسر يومًا كان عليه ما نذره.

وقد قال مالك فيمن نذر عتق رقبة فلم يستطعها: إن الصوم لا يجزئه إلا أن يشاء أن يصوم، فإن أيسر يومًا أعتق، فهذا مثله، وهذا معنى قوله: (فالمشهور: أن صيام سبعين لا يُجْزِئه كمن نَذَرَ عتقًا فعجز).

ولمالك في "الواضحة": إن لم يجد الغنم صام سبعين يومًا، زاد أشهب في "الْمَوَّازِيَّة": أو أطعم سبعين مسكينًا كل مسكين مدًّا، وإن وجد شاة أهداها، وصام ستين

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٥٧.

(٢) من نذر بدنة لم يجزه إلا ثني من الإبل أو ثنية فإن لم يجدها ففيها لمالك قولان:
أحدهما: أنه ينحر بقرة بإن لم يجد فسبع من الغنم جذاع من الضأن أو ثنيان من المعز فإن لم يجد فقد قيل: لا صيام عليه وقيل: عليه الصيام.
واختلف أصحابه فيما يصام على قولين:
أحدهما: عشرة أيام.
والآخر: سبعون يوما. والقول الآخر أن عليه بدنة واجبة في ذمته لا يجزئه الإتيان بغيرها مع القدرة عليها ولا مع العجز عنها ومن قال على هدي فله نيته فإن لم يكن نوى شيئا فبدنة فإن لم يجد فبقره فإن لم يستطع وقصرت نفقته أجزأته شاة وقد قيل: فيمن نذر هديا أنه يجزئه شاة إلا أن ينوي بقرة أو بدنة ومن نذر صيام غد أو يوم بعينه فمرض لم يكن عليه قضاؤه فإن تركه لغير عذر كان عليه قضاؤه. الكافي ص/٤٥٩.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٥٩.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٠.

يومًا، وإليه أشار بقوله: (وعلى الصِّيام فَفِي تخييره فيه وفي إطعام سبعين مسكينًا قولان).

ولم يذكر المُصَنِّف فيمن نَذَرَ عتقًا وعجز غير مذهب "الْمُدَوَّنَة[١]" أنَّه لا يصوم، وفيها قولان آخران:

أولهما: لابن المواز: إن شاء الصوم صام عشرة أيام.

وثانيهما: أنه يصوم شهرين لأنَّهما عِوَض عنها في الظِّهار، وقتل النَّفس، وكفَّارة اليمين، وأنَّ الصيام فيها ثلاثة أيام؛ لكنه لما كانت الكفارة في اليمين على التخيير، لم تتحقق العوضية فيه بين الصيام والرقبة.

(ص): **(وإذا نَذَرَ هديًا معينًا، وهو ممَّا يهدي ويصل، وَجَبَ بعينه، وإن لم يصل باعه وعُوِّض من جِنْسِهِ إن بلغ أو أفضل على الأصح)**

(ش): إذا نَذَرَ هَدْيًا معيَّنًا، وهو ممَّا يُهدى كالإبل والبقر والغنم وكان يصل، وجب بعينه، يريد: وهو له لما سيأتي[٢]، قال في "الْمُدَوَّنَة[٣]": والبقر لا تصل من إفريقية ولا من مصر، فإذا خاف على هذه الهدايا لا تبلغ لبعد سفره، أو لغير ذلك باعها وابتاع بثمنها هَدْيًا بثمن الغنم غنمًا، وبثمن البقر بقرًا، وجاز أن يبتاع بثمن البقر إبلا؛ لأنَّها لما بيعت صارت كالعين، ولا أحبُّ شراء الغنم بثمنها، حتى تقصر عن ثمنه بعير أو بقرة، ويشترى ذلك في مكة أو موضع يصل، فإن ابتاعها من مكة، فليخرجها إلى الحل، ثُمَّ يدخلها على الحرم، وإلى هذا أشار بقوله: **(وعُوِّضَ من جِنْسِهِ إن بَلَغَ أو أفضل)**.

ابن عبد السلام: وظاهر "الْمُدَوَّنَة[٤]": أنَّ شراء الإبل بثمن الغنم آكد من شراء الإبل بثمن البقر؛ لقوله في بدل الإبل بالغنم: لا أحب، وفي بدل البقر بالإبل: جائز، واستحسن اللَّخْمِيّ أنَّه لا يعوَّض بثمن الغنم بدنة، إلا إذا كان الغنم أقل من سبعة، إلا ألا يجد الغنم، فجائز أن يعوض الثماني والتسع بالبدنة.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٠.

(٢) ومن نذر بدنة فهي من الإبل، فإن لم يجد بدنة فبقرة، فإن لم يجد [بقرة] فسبعاً من الغنم، والذكور والإناث في ذلك سواء. ومن نذر هدياً ولا نية له فالشاة تجزيه لأنها هدي. تهذيب المدونة ٢١٨/١.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٢.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٣.

وقوله: (على الأصحِّ) أشار بمقابله إلى ما حكاه ابن بشير أنَّ عليه أن يشتري من نوع الأول، ولا يخالف إلى الأفضل.

(ص): (بخلاف فرسٍ ينذُرُهُ في السبيل فَيَتَعَذَّر إيصاله، فإنه يُباع ويُجعل في مِثْلِهِ هناك لاختلاف المنافع)

(ش): أي: فلا يجوز أن يشتري بثمنه إذا لم يَصِل غير جنسه من سلاح أو كراع، ولو كان الاحتياج إلى الغير أكثر، وفرق في "الْمُدَوَّنَة[١]" بمثل ما فرق به المُصَنِّف؛ وهو أنَّ المقصود من الهدي شيء واحد، وهو اللَّحم للتَّوسعة على الفقراء، ولحم الإبل أكثر، بخلاف منفعة الفرس والسلاح، فإنَّهما متباينان.

التُّونُسِيّ: وقيل: يجعل الثَّمن فيما كان أنكى للعدو.

(ص): (والسبيل: الجهاد، والرِّباط في السَّواحل والثغور بخلاف جُدَّة، فإن قصَّر عَوَّض الأدْنَى)

(ش): أي: من جعل شيئًا في سبيل الله، فلا يعدل به عن جهاد العدو وحراسة المسلمين بالسواحل كطرابلس وعسقلان، بخلاف جدة؛ فليست بثغر.

قال في "الْمُدَوَّنَة[٢]": لأنَّ العدو لم ينزل بها إلا مرة واحدة، وهو مقيَّد بما إذا كان حالها اليوم كحالها في الزمان المتقدِّم، وذلك لأنَّ الثَّغر في الاصطلاح هو موضوع للمكان المخوف عليه العدو، فكم من رباط في الزَّمان المتقدِّم زال عنه هذا الوصف في زماننا وبالعكس.

وقوله: (فإن قصَرَّ عَوَّض الأدْنَى) أي: الثمن في مسألة الهدي أو الجهاد عن شراء المثل، فإنه يعوض الأدنى، ولا خلاف في ذلك.

(ص): (فإن لم يكن ممَّا يُهدَى باعه وعَوَّض بِثَمَنِهِ، وقيل: أو قَوَّمَه على نفسه)

(ش): كالثوب والفرس.

وقوله: (باعه وعَوَّض بثمنه) هو مذهب "الْمُدَوَّنَة[٣]"؛ لقوله فيها: فليبعه.

والقول بأنَّه يقومه على نفسه مذهب " العُتْبِيَّة"، وهو ظاهر "الْمُدَوَّنَة[٤]" في (كتاب

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٣.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٥.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٦.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٦.

الحج) وموضع آخر من (النذور)؛ لقوله: أخرج ثمن ذلك.

واختلف الأشياخ في فهم الموضعين، فذهب أكثرهم إلى أنَّه اختلاف قول، وذهب جماعة إلى أنَّه وفاق، ثُمَّ اختلفوا.

ففي "البَيَان": ما في "العُتْبِيَّة " مفسِّر لما في "الْمُدَوَّنَة[١]"، وأشار هو وغيره إلى أنَّه ليس من باب شراء المرء صدقته؛ لأنَّ القصد في الهدي الثَّمن؛ لأنَّه ممَّا لا يهدى عينه بخلاف الصدقة، فإنَّه قد يتصدَّق بذلك الشيء بعينه.

وحمل بعض القرويين ما وقع من جواز إخراج القيمة على أنَّه كان بيمين، وما وقع من بيعه على أنَّه بغير يمين؛ لأنَّ الحالف غير قاصد للقربة بخلاف غيره، وردَّه ابن يونس بأنَّ الحالف إذا قال: إن فعلت كذا فعلي كذا، يقصد أيضًا بما نَذَرَه القربة إن فعل، فلم يكن بينهما فرق، وردَّه أيضًا عياض بأنَّه قد ذكر في "الْمَوَّازِيَّة " عن مالك روايتين من غير يمين، فدَلَّ على أنَّه لا فرق بين المعلَّق بيمين وغيره.

فَرْعٌ:

قال في "الْمُدَوَّنَة[٢]": فإن لم يبعه وبعثه، فلا يعجبني، ويباع هناك ويشترى به هدي، فلعل الكراهة لأنَّ فيها إيهام تغيير سنة الهدايا، أو لأنَّ ذلك في سلع تساوي في بلدها أكثر من مكة.

(ص): (وفي المعيب قولان: بعينه، وكالثاني)

(ش): أي: إذا قال: لله عليَّ أن أهدي هذه البدنة العوراء أو ما لا يجوز في الهدايا، فقال أشهب: يخرجه بعينه؛ لأنَّ السَّلامة إنَّما تطلب في الواجب المطلق.

وقال ابن الموَّاز: بل يبيعه ويشترى بثمنه هديًا سالمًا، وهو مراده بقوله: **(كالثَّاني)** أي: كالقسم الثاني، وهو مما لا يهدى، وعلى هذا فيختلف هل له أن يمسكه ويخرج قيمته، أو يتعين بيعه كما تقدَّم؟ ويحتمل أن يريد: الثَّاني في القسم الأوَّل، وهو الذي لا يصل، والمعنى واحد، وهذا الخلاف مقيَّد بما إذا نَذَرَ معيَّنًا، وأمَّا إذا كان غير معين، فوافق أشهب ابن الموَّاز على أن عليه هديًا سالمًا.

التُّونُسِيّ: والأشبه في غير المعين أنَّه لا يلزمه نَذْر هدي ما لا يصلح أن يكون هديًا، كمن نَذَرَ صلاة في وقت لا يجوز أن يصلي فيه، وكالصحيح فيمن نَذَرَ صوم أيَّام

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٨.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٩.

الذَّبح، أو سنة بعينها، أن لا يقضي أيَّام الذَّبح، وقال اللَّخْمِيّ: أرى المعين وغيره سواء، فإن نذر وهو يظنُّ أنَّ ذلك لا يجوز، لم يكن عليه غير ما ألزم نفسه، فيبيع المعين ويخرج قيمة ما في الذِّمَّة على أنَّه معيب، فيشتري بذلك سليمًا أن يبلغ أو يشارك به، وإن كان عالمًا أنَّ ذلك لا يجوز، كان نذرًا في معصية معينًا كان أو مضمونًا، ويستحب له أن يأتي بسليمة ليكون كفَّارة، كما في نذره نحر ولده.

(ص): **(فإن قَصَّر عن التَّعويض، فقال ابن القاسم: يتصدَّق به حَيْثُ شاء، وفيها أيضًا: يبعثُهُ إلى خزنة الكعبة يُنفق عليها، وأعظَمَ مالك أن يشترك معهم أحد؛ لأنَّه منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ إذ دفع المفاتيح لعثمان بن طلحة، وقيل: يختصُّ أهل الحرم بالثَّمن، وقيل: يُشارك به في هدي)**

(ش): يعني: فإن قصَّر ثمن ما لا يُهدَى كالعبد، أو فضل من ثمنه ما لا يبلغ ثمن هدي[1].

ونص " التهذيب": فإن لم يبلغ ذلك ثمن هدي وأدناه شاة، قال مالك: يبعثه إلى خزنة الكعبة ينفق عليها، وقال ابن القاسم: أحبُّ إليَّ أن يتصَدَّق به حيث شاء.

ومنه تعلم أن قوله: (قال ابن القاسم: يتصَدَّقَ به) ليس بجيد؛ لإيهامه وجوب الصدقة، وأشعر قول المُصَنِّف أيضًا بأن قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[2]" أيضًا، وفي

---

(١) من المدونة قال مالك: من قال: داري أو عبدي أو دابتي أو شيء من ماله مما لا يهدى هو هدي أو حلف بذلك فحنث فليبعه ويبعث بثمنه وما أهدي من العين فيبتاع به هديا.
ابن القاسم: فإن لم يبعه وبعث به بعينه لا يعجبني ذلك ويباع هنالك فيشتري به هديا، فإن لم يبلغ ذلك ثمن هدي وأدناه شاة أو فضل منه ما لا يبلغ ذلك قال مالك: يبعثه إلى خزنة الكعبة ينفق عليها.
قال في كتاب محمد: فإن لم تحتج إليه الكعبة تصدق به.
وفي المدونة: أحب إلي أن يتصدق به حيث شاء لأن ابن عمر كان يكسو الكعبة بأجله بدنة، فلما كسيت تصدق بها.
وقال أصبغ: أحب إلي أن يتصدق بها على أهل مكة خاصة.
وفي المدونة: أعظم مالك أن يشرك مع الحجبة في الخزنة أحد لأنها ولاية من النبي صلى الله عليه وسلم إذ دفع المفاتيح لعثمان بن طلحة (وهل اختلف هل يقومه أولاً أو لا ندبا أو التقويم إن كان بيمين تأويلات) سمع ابن القاسم: من جعل شيئا من ماله هديا وهو مما لا يهدى إن شاء باعه وأخرج ثمنه، وإن شاء أخرج قيمته. التاج والإكليل ٥/١٠١.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٩.

قول مالك إشكال، ولعلَّ ذلك هو الموجب لنسبة ذلك إلى "الْمُدَوَّنَة"؛ إذ الكعبة لا تنقض فتبنى، ولا يكسوها إلا الملوك، ويأتيها من الطيب ما فيه كفاية، وهي إن كانت تكنس، فمكانسها من خوص قبل الكنس تساوي فلسًا، وبعد الكنس تساوي الدراهم، فلم يبق إلا أن تأكله الخزنة، وليس هو من قصد الناذر في شيء، لكن في "الْمَوَّازِيَّة " ما يدفع هذا الإشكال، فإنَّه قال بعد قوله: (يُنْفَق عَلَيْها): فإن لم تحتج إليه الكعبة تصدَّق به، وساقه ابن يونس على أنَّه تقييد، وهو كذلك إن شاء الله تعالى.

قوله: (وأعظم مالك... إلخ) استطراد لا تعلُّق له بالنَّذر، وهو كذلك في "الْمُدَوَّنَة[1]".

ومعنى أن يشترك فيها؛ أي: في خدمتها والقيام عليها؛ لأنَّه رُوِي أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عام الفتح انتزع المفاتيح من يد عثمان بن طلحة، فنزل قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، فاستدعاه، ودفع إليه المفاتيح، وقال: "هي لكم يَا بَنِي عَبْدِ الدَّارِ خَالِدَةً، لا يَنْزِعُهَا مِنْكُمْ إلا ظَالِمٌ"[2]. والتشريك نوع من الانتزاع، فلذلك منعه مالك.

قوله: (وقيل: يختصُّ به أهل الحرم) هو لأصْبَغ، ونصُّه عند ابن يونس.

وقال أَصْبَغ: أحبُّ إليَّ أن يتصدَّق به على أهل مَكَّة خاصَّة، وبه قال اللَّخْمِيّ، قال: لأنَّ الهدي لو بلغ تصدَّق عليهم بلحمه، والقول الرابع الذي حكاه المُصَنِّف لم أره، لكن اللَّخْمِيّ قال: لو قيل به لكان وجهًا.

(ص): **(فإن كان لغيره فالمنصوص: لا يَلْزَمُهُ شيء، إلا أن يُريد: إن مَلَكَهُ، فيلزمه إن مَلَكَهُ على المشهور)**

(ش): أي: فَإِن كان الذي التزمه لغيره سواء، كان ممَّا يُهدى؛ كبعير فلان أو لا كعبده، وهكذا ذكر المسألة في "الْمُدَوَّنَة[3]"، ولأنَّه لو لم يحمل كلام المُصَنِّف على العموم، لزم أن يكون في كلامه قصور؛ لأنَّه لم يتعرَّض للكلام على إهداء ما للغير إلا هنا، والمنصوص مذهب "الْمُدَوَّنَة" وغيرها؛ لما في "مسلم" من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةٍ، وَلا فِيمَا لا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ".

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٦٩.

(٢) أخرجه الترمذي، برقم (٣٧١٩، و٣٧١٢).

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٧١.

وقوله: (على المنصوص) لم أتحقق ما أشار إليه من مقابله، ولعلَّه مخرج من الحر بجامع عدم الملك، وإن أراد هذا، فقد فرق التُّونُسِيّ بينهما بأن عبد الغير لما كان يصحُّ بيعه، ويُهدى ثمنه، فكأنَّه أراد أن يهدي ثمنه، وهو غير مالك له، بخلاف الحر، قد جاءت فيه سنة قياسًا على ما جاء في إبراهيم مع ولده عليهما الصلاة والسلام، أمَّا إن نوى: إن ملكته فهو هدي؛ فإنه يجزئ على الخلاف في تعليق الطَّلاق بالزَّوجية، والعتق بالملك، والمشهور اللُّزوم.

(ص): (وإن كان ممَّا لا يُملك كالحُرُّ، فالمشهور عَلَيْهِ هَدْيٌ، وقيل: ما لم يكن نَذْرًا لمعصيةٍ وَكَأَنَّهُ رآه عُرفًا)

(ش): أي: إذا قال: لله عليَّ أن أهدي فلانًا، أو علَّق ذلك على شرط، فالمشهور عليه هدي.

التُّونُسِيّ: وقيل: لا شيء عليه لأنَّه نَذْرَ معصية، ولم يذكره ابن بشير على أنَّه خِلاف، وإنَّما قيَّد به المشهور، فقال بعد المشهور: وهذا إذا كان قصده الالتزام فظاهر، وإن كان قصده بنذره المعصية، فينبغي ألا يلزمه، وإن لم يكن له قصد، فيجري على الخلاف المتقدَّم في عمارة الذِّمَّة بالأقل أو بالأكثر، انتهى.

ونص اللَّخْمِيّ على أنَّ من قال: أنا أنحر ولدي، بمعنى: أقتله، أنه لا شيء عليه.

خليل: وعلى هذا فالمسألة على ثلاثة أوجه: إن قصد الهدي والقربة لَزِمَه ذلك بالاتِّفاق، وإن قَصَدَ المعصية، لم يلزمه ذلك باتفاق، واختلف الشيوخ حيث لا نيَّة، والمشهور: عليه الهدي، ونحو هذا لأبي الحسن، وعزي الشاذ لابن عبد الحكم.

وقوله: (وكأنَّه رآه عُرْفًا) توجيه للمشهور؛ أي: إنَّما لزمه في المشهور، وإن كان ظاهر لفظه المعصية؛ لأنَّه رأى أن قوله: لله عليَّ أن أهدي فلانًا حقيقة عرفيَّة في التزام الهدي.

(ص): (وإن لم يذكر الهدي والتزم نحر حُرٍّ، فإنْ كان أجنبيًّا، فالمَشْهُور: لا شيء عليه، وإن كان قريبًا وذكر مقام إبراهيم عليه السلام، أو مكة، أو منى، ونحوها، لَزِمَه هدي، وإلا فلا شيء عليه، وقيل: كفَّارة يمين، ورجع عنه، وقال اللَّخْمِيّ: فيمن التزم نحر قريب مطلقًا قولان)

(ش): أي: إذا لم يذكر لفظ الهدي، بل قال: لله عليَّ أنْ أنحر فلانًا، فإن كان المنذور نحره أجنبيًّا لم يلزمه شيء على المشهور.

والفرق للمشهور بين هذه والتي قبلها: أن ذكر الهدي في الأولى قرينة في إرادة القربة، بخلاف هذه فإن لفظه ظاهر في المعصية، وإن كان قريبًا، ففيه تفصيل إن ذكر مقام إبراهيم، أو مكة، أو منًى.

ابن بشير: أو يذكر موضعًا من مواضع مكة أو منى، لَزِمَه هدي؛ لقرينه ذكره هذه المواضع، فإنَّها تدل على القربة عرفًا، وإن لم يذكر هذه المواضع، فلا شيء عليه كما قال المُصَنِّف.

وقوله: (وقيل: تلزمه كَفَّارة يَمِين) أي: سواء ذكر هذه المواضع أم لا. وهذا القول أيضًا في "الْمُدَوَّنَة[1]"، ففيها: ومن قال: إن فعلت كذا فأنا أنحر ولدي. فحنث، فَعَلَيْهِ كَفَّارة يمين، وقاله ابن عباس، ثُمَّ رجع مالك، فقال: لا كفارة عليه ولا غيرها، إلا أن ينوي به وجه الهدي، فعليه هدي.

ابن القاسم: وهذا أحبُّ إلي من الذي سمعت منه، والذي سمعت منه: إذا لم يقل عند مقام إبراهيم، فعليه كفَّارة يمين، وإن قال: عند مقام إبراهيم فليهدِ، فذكر فيها ثلاثة أقوال.

واختلف الشيوخ في محل الخلاف، فقال صاحب " تهذيب الطالب": لم يختلف قول مالك متى نوى وجه الهدي أنَّه يلزمه الهدي، واختلف قوله إذا لم تكن له نيَّة، فقال مرة: عليه كَفَّارة يمين، وقال مرة: لا شيء عليه، وعلى هذا فيقيد قوله الأول: (عليه كفارة يمين) بما إذا لم يرد وجه الهدي.

وقال أبو عمران في "تعاليقه": أعرف أنَّه إنَّما اختلف قول مالك في الذي ينذر نحر ولده فيمن لم تكن له نِيَّة، قال مرة: عليه الهدي، وقال مرة: لا هدي عليه، وأمَّا إن نوى الهدي فعليه الهدي بالاتفاق، وهكذا كلام عبد الحق، غير أن أحد القولين في كلام عبد الحق: وعليه الكفارة، وألحق عبد الحق المقام بِنِيَّةٍ.

وكلام اللَّخْمِيّ يقتضي وجود الخلاف مطلقًا؛ سواءً نوى الهدي أم لا ذكر المقام أم لا؛ لأنَّه قال: إن أراد نحر ولده، فلا شيء عليه، وإن أراد أن يجعله هديًا، وقال ما يدل على ذلك، فقال: عند مقام إبراهيم، أو عند الصفا والمروة، كان عليه عند مالك هدي، وقال مرَّة: كَفَّارة يمين، فإن قلت: إنَّما فرض المسألة في "الْمُدَوَّنَة[2]" في التعليق

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٢.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٢.

وكلام المُصَنِّف أعمّ، وقد نص بعض القرويين على أنَّه إنَّما يلزم الهدي في التعليق.

وأما إن قال: عليَّ نحر ولدي، أو لله عليَّ نحر ولدي، فلا شيء عليه؛ لأنَّه نَذْرٌ في معصية، إلا أن يقصد به وجه القربة، فيلزمه هدي، وكذلك في "كتاب الأبهري"، قيل: مختار ابن يونس خلافه، وأنَّه لا فرق بين المعلق وغيره، قال: والصواب ألا شيء عليه إلا أن ينوي به وجه الهدي؛ لأنَّ من قال: إن فعلت كذا فعليَّ شرب الخمر، أو قال: لله عليَّ شرب الخمر ألا شيء عليه في ذلك، وقد عَلِمْتُ بكلام اللَّخْمِيّ معنى قول المُصَنِّف.

وقال اللَّخْمِيّ: فيمن التزم نحر قريب مطلقًا قولان، ولولا كلامه المتقدِّم لأمكن أن يحمل الإطلاق على أنَّه لا فرق في ذلك بين المعلق وغيره، وعلى هذا فيتحصَّل في المسألة خمسة أقوال:

أوَّلها: أنَّ عليه كفَّارة يمين إلا أن ينوي الهدي، وهو الأوَّل في "الْمُدَوَّنَة[1]" على ما ذكره عبد الحق.

الثَّاني: أن عليه كَفَّارة يمين لو ينوي الهدي على ما حكاه اللَّخْمِيّ.

ثالثها: إن ذكر المقام فعليه هدي، وإلا فلا شيء عليه، وهو القول الذي استحسنه ابن القاسم.

رابعها: إن لم يذكر المقام، فعليه كَفَّارة يمين، وهو القول الذي سمعه ابن القاسم.

خامسًا: الفرق بين المعلق وغيره، وما ذكره من التَّفْرِقَة بين القريب وغيره، نحوه لابن بشير وغيره.

وقال الباجي: إذا قال لابنه أو أجنبي في يمين: لله عليَّ أن أنحرك، فَحَنِثَ، فإن علّق ذلك بمكان النَّحر كَأَن يقول: أنحرك عند مقام إبراهيم، أو عند البيت، أو المسجد، أو بمنى، أو بمكة، فروى ابن حبيب عن مالك عليه الهدي، وإن لم يُسَمِّ شيئًا ونوى الهدي، لَزِمَه، وإن لم ينوِ فروايتان: إحداهما: لا شيء عليه، والأخرى: كَفَّارة يمين، وبها قال أَصْبَغ.

وقال عبد الوهاب: من نذر ذبح ابنه في يمين أو على وجه القربة، فعليه الهدي.

وإن نذر نذرًا مجرَّدًا لا يقصد به القربة، فلا شيء عليه، ففرق بين اليمين والنَّذر، وليس بالبَيِّن، انتهى.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٤.

فلم يفرق بين الأجنبي والقريب، وانظر قوله: فإن عَلَّق ذلك بمكان الذَّبْح وعدَّه المقام، فإنَّه مخالف لما قاله ابن هارون: أنَّ المراد بمقام إبراهيم قصته في التزامه ذبح ولده، وفدائه بالهدي، لا مقام مصلاه.

ابن عبد السلام: وحيث أمرناه بالهدي في هذه المسألة، فقيل: إنه من الإبل، فإن لم يجد فمن البقر، فإن لم يجد فمن الغنم، وقيل: يكتفى بكبش، واختاره ابن شعبان.

فَرْعٌ:

قال في "الْمَوَّازِيَّة": ولو قال لعدة من ولده: (أنا أنحركم)، كان عليه أن يهدي عن كل واحد هديًا، وقيل: هدي واحد لجميعهم. أَصْبَغ وغيره: والأوَّل أحبُّ إلينا.

(ص): **(وإذا التزم هديًا لغير مكة، لم يفعله؛ لأنَّه معصية)**

(ش): قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": وسوق البدن إلى غير مكة من الضلال.

(ص): **(وإن لم يقصد هديًا، ذَبَحَهُ مكانه على المشهور، وقيل: يجوز نَقْلَه إليهم)**

(ش): المشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[2]"؛ لأنَّ نقله إليهم شبهًا بسوق الهدايا، والشاذ لمالك في "الْمَوَّازِيَّة"، وبه قال أشهب؛ لأنَّ إطعام مساكين أي بلد طاعة، ومن نَذَرَ أن يطيع الله فليُطِعْهُ، وأشار بعضهم إلى أنهَّ يجوز ألا يَنْحَر شيئًا ويطعم المساكين لحمًا يكون قدره قدر لحم الجزور، وهو ظاهر لأنَّه لا قربة في النحر[3].

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٥.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٥.

(٣) من نذر (هدي) بلفظه أو بدنة بلفظها (لغير مكة) كقبره عليه الصلاة والسلام فلا يلزمه شئ فيهما لا بعثه ولا ذكاته بموضعه بل يمنع بعثه ولو قصد الفقراء الملازمين للقبر الشريف أو لقبر الولي لقول المدونة: سوق الهدايا لغير مكة ضلال أي لما فيه من تغيير معالم الشريعة، فإن عبر بغير لفظ هدي أو بدنة كلفظ بعير أو خروف فلا يبعثه بل يذبحه بموضعه وبعثه أو استصحابه من الضلال أيضا، ولا يضر قصد زيارة ولي واستصحاب شئ من الحيوان معهم ليذبح هناك للتوسعة على أنفسهم، وعلى فقراء المحل من غير نذر ولا تعيين فيما يظهر، وأما نذر جنس ما لا يهدى كالثوب والدراهم والطعام فإن قصد به الفقراء الملازمين للمحل أو الخدمة وجب بعثه وإن أراد مجرد الثواب للنبي أو الولي أو لا نية له تصدق به في أي محل شاء ولا يلزم بعث شمع ولا زيت يوقد على القبر وكذا لا يلزم بل يحرم نذر الذهب والفضة ونحوهما لتزيين باب أو تابوت ولي أو سقف مسجد لانه من ضياع المال فيما لا فائدة فيه دنيا وأخرى وهو ظاهر، وجاز لربه أو لوارثه الرجوع فيه لانه لم يخرج عن ملكه فيما يظهر فإن لم يعلم مالكه فحقه بيت المال. الشرح الكبير ١٧١/٢.

(ص): (ومن نَذَرَ هدي بَدَنَة أو غيرها، أجزأه شِرَاؤُها، ولو من مَكَّة)

(ش): وهو ظاهر إذا اشتراها من مكة، فلا بد أن يخرجها إلى الحِلِّ.

(ص): (ومن التزم صدقة جميع ماله، لم يلزمه اتِّفاقًا، فلو أخرجه، ففي مُضيِّه قولان، ويلزمه الثُّلُثُ على المشهور، وقيل: ما لم يُجْحِف به)

(ش): تَبِعَ المُصَنِّف في حكايته الاتفاق.

ابن بشير: وليس كما قالاه، وإنَّما هو المشهور، سواءً حَلَف بذلك ابتداءً أو عَلَّق ذلك.

وفي "البَيَان " عن ابن وهب: لزوم الجميع، والقول بأنَّه لا يلزمه أن يُخرج إلا ما لا يضر به إخراجه لسحنون.

وقال ابن حبيب: إن كان كثير اليسار أخرج ثُلُث المال، وإن كان قليل المال فربع العشر، وإن كان عديمًا، فَكَفَّارة يمين، وقاله أيضًا ابن وهب.

وربَّما استظهر القول بلزوم الجميع؛ لأنَّ الصدقة بالجميع طاعة؛ لإقراره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أبا بكر على ذلك.

وهذا إنَّما هو إذا التزم جميع المال للفقراء، أمَّا لو قال: مالي صدقةٌ على فلان بعينه، ففي "النَّوادر": يلزمه.

ونقله صاحب " النكت " عن بعض القرويين في (باب الهبات).

أَصْبَغ: وإذا قال: مالي لله، فيخرج ثلثه للصدقة فقط، وإن قال في عبده، فمخرجه العتق، وإن قال في سبيل الله، أو لسبيل الله، فمخرجه الغزو والجهاد خاصة.وتخرج ثلث العين والطعام والرقيق إلا أن ينوي العين خاصة.

وقوله: (فلو أَخْرَجَه فَفِي مُضِيِّه قولان) ابن عبد السلام: يعني: فلو أراد إخراج الجميع من غير نذر ولا التزام، بل عزم على إخراجه، فمنهم من أقرَّه على الصدقة بالجميع، كما " أَقَرَّ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أبا بكر على ذلك"، ومنهم من قال يكفيه الثلث؛ كقضية كعب بن مالك.

وقال ابن راشد: يعني: وإذا فرعنا على المذهب فأخرجه عن نَذْر، ففي مضيِّه قولان، حكاهما المُصَنِّف بناءً على تعلُّق إعطاؤه لمن ينوب عنه في تفرقته، ولم يفرِّقه بعد، فقولان؛ منشأهما: هل يد نائبه كيده فلا ينفذ، أو لا؟ وكأنَّه حصل في يد الفقراء، وكلام ابن راشد هو الذي يؤخذ من كلام ابن بشير، والله أعلم.

(ص): (ولو عَيَّن شيئًا أو جُزْءًا أو كَثِيرًا، لَزِمَهُ وإن أتى على جميع المال على المشهور، ولذلك فُرِقَ بين: عبدي هَدْي ولا مال له غيره، وبين: جميع مالي، وبين: ثلاثة أرباع مالي، وبين: جميع ما لي)

(ش): أي: إذا عين شيئًا لزمه أن يخرجه، ولو أتى على جميع ماله على المشهور، ومقابل المشهور رواية مالك: لا يلزمه إلا الثلث. وهو مذهب ابن نافع وأَصْبَغ.

وحكى اللَّخْمِيّ عن سحنون: أنَّه قال في هذه المسألة أيضًا: لا يلزمه إلا ما لا يجحف به، وقوله: (بين: عبدي) أي: فيلزمه (وبين: جميع مالي) فلا يلزمه إلا الثلث، (وبين: ثلاثة أرباع مالي) فيلزمه، (وبين: جميع مالي) فلا يلزمه إلا الثلث.

قال في "النكت": والفرق بين أن يسمِّي شيئًا بعينه من ماله؛ صدقة أو هديًا أن يخرج جميعه، وإن كان ذلك ماله كله، وبين أن يقول: مالي...، ولا يعين شيئًا، أنَّه يجزئه الثُّلث: أن الذي عيَّن قد أبقى لنفسه شيئًا، ولو ثياب ظاهره، أو ما لا يعلمه، كميراث لم يعلم به. وأمَّا الذي قال: مالي...، فلم يبق لنفسه شيئًا، وأدخل ثياب ظهره، وما جهله أو علمه من ماله، فكان هذا من الحرج المرفوع، فوجب قصره على الثلث، انتهى.

والشاذ هنا هو الظاهر، والله أعلم.

(ص): (وما يفتقر إليه تفرقة الثُّلُث من نفل أو هدي ففي كونه من الثُّلث قولان)

(ش): يريد: إذا قال: مالي هدي، أو حلف بصدقة ماله، فحنث، وقلنا يلزمه الثُّلث، فاحتاج إلى أن يبعث به، فقال ابن القاسم في "العُتْبِيَّة": ينفق عليه من ماله.قاله مالك، ذلك وقيل من الثلث.

ابن راشد: ولم يختلف إذا قال ثُلُث مالي أنَّ النَّفقة عليه منه، والفرق بينهما إذا قال مالي، فالأصل أنَّ يخرج الجميع، فلمَّا أرخص له في الثُّلُث، وَجَبَ أن يخرج جميع الثلث، بخلاف قوله: ثلث مالي، فلا يلزمه غيره، انتهى.

والذي في ابن يونس وغيره بعد أن حكى القولين في الوجه الأول: ولو قال ثلث مالي هدي، فلا خلاف أنه ينفق عليه من ماله حتى يبلغه، قال: والصواب ألا فرق بين ذلك، وعلى هذا، فإطلاق المُصَنِّف ليس كما ينبغي.

وقوله: (أو هَدْي) فيه حذف مضاف؛ أي: من سوق هدي أو نحو ذلك.

(ص): (ولو قال: مالي في الكعبة أو رتاجها أو حطيمها، فلا يلزمه شيء؛ لأنَّ الكعبة لا تُنقض فتُبنى، بخلاف مالي في كسوتها أو طيبها، فإنَّه يدفع الثُّلُث إلى

الحجبة، فيصرفونه)

(ش): هذا كله في "الْمُدَوَّنَة[١]"، قال فيها: والرتاج الباب، والحطيم ما بين... المقام.

وفسّر ابن حبيب الحطيم بما بين الركن الأسود والباب إلى المقام؛ لأنَّه يحطم الناس.

أبو محمد: فعلى تفسير ابن حبيب، ذلك كله حطيم الجدار من الكعبة والفضاء الذي بين البيت والمقام اليوم[٢].

عياض: وقوله فيمن جعل ماله في طيب الكعبة يدفع إلى حجبتها يدل على جواز تطييبها وتطييب المساجد وتجميرها؛ إذ لو لم يكن طاعة لما لزمه أن يفي بنذره، وقد فُعل هذا في الصدر الأول، واستمر على ذلك عمل المسلمين وعلى الخلوق فيها، والأصل في ذلك " تطيبه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ موضع النخامة في مسجده"، وقول مالك: (الصدقة أحب إليَّ مما يجمر به المساجد) ليس على تضعيفه وكراهته، لكن لترتيب فضل أعمال البر بعضها على بعض في الأجر.

وما ذكره المُصَنِّف من قوله: (فلا شيء عليه) هو المشهور، وروى عن مالك أنَّ عليه كفَّارة يمين.

ونقل في "الاستذكار " عن القاضي إسماعيل بن أبي أويس أنَّه روي عن مالك أنَّه يلزمه إخراج ثلث ماله.

وقال ابن حبيب: أرى أن يسأل، فإن نوى أن يكون ماله للكعبة، فيدفع ثلثه للخزنة يصرفونه في مصالحها، فإن استغنت عنه بما أقامه السلطان من ذلك تصدَّق به، وإن قال: لم أنوِ شيئًا ولا أعرف لهذه الكلمة تأويلا، فكفَّارة يمين أحبُّ إليَّ، وسواء كان ذلك في نذر أو يمين.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٧.

(٢) من المدونة قال مالك: من قال مالي في رتاج الكعبة فلا شيء عليه. ابن عرفة: ففيها مالي في الكعبة أو رتاجها أو حطيمها لغو. والحطيم ما بين الباب إلى المقام، وقيل ما بين الركن الأسود إلى الباب إلى المقام عليه ينحطم الناس (أو كل ما أكتسبه) ابن رشد: حلفه بصدقة ما يفيد أو يكتسب أبدا لغو اتفاقا وإلى مدة أو في بلد في لغوه ولزومه قولان والصواب اللزوم كالعتق. التاج والإكليل ٥/١١٦.

وقوله: (بخلاف مالي في كسوتها أو طيبها) ظاهر التَّصور، والظَّاهر: أنَّ في زماننا يتصدَّق بذلك؛ لأنَّ الملوك تكلَّفت بالكعبة، ولا يتركون أحدًا يكسوها، والحجبة لا يؤمنون في الغالب، وكذلك قال ابن راشد، وهو يؤخذ ممَّا قدمناه على " الْمَوَّازِيَّة"، والله أعلم.

(ص): **(وإذا تكرَّر ما يُوجب الثُّلُث فإن كان بُعيد إخراجه، أَخْرَج ثانيًا وثالثًا)**

(**ش**): ابن زرقون: ولا خلاف في هذا في المذهب.

(ص): **(وإن كان قبله، ففي إجزاء ثُلُث واحدٍ قولان)**

(**ش**): الضمير في (قَبْلَه) عائد على الإجزاء.

والقول بأنَّه ليس عليه إلا ثُلُث واحد، رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وهو في "الْمَوَّازِيَّة".

وقال ابن القاسم: يخرج عن اليمين الأولى ثلث ماله، ثُمَّ ثُلُث ما بقي عن اليمين الثانية، وبه قال أشهب ومحمد بن المواز.

ثم قال ابن القاسم: يخرج ثلثًا واحدًا ويجزئه، وقاله ابن كنانة.

الباجي: وإذا قلنا: يكفيه ثلث واحد، فقال يحيى عن ابن القاسم: سواء كانت أيمانه في أوقات مختلفة، أو أيمان مختلفة فَحَنِثَ فيها في وقت واحد، أو حَنِثَ حِنْثًا بعد حِنْث، فليس عليه إلا ثلث واحد.

ابن عبد السلام: واختلف الشيوخ لو كانت اليمين الثانية قبل الحِنْث في الأولى، هل يدخل في ذلك القولان، أو يتَّفق على وجوب ثلث واحد[1].

(ص): **(وإذا زاد ماله بعد الحنث واليمين فثُلُث الأوَّل، فإن نقص فثُلُث الآخر، وقيل: ما لم يكن على حِنْث)**

(**ش**): كما إذا حلف وماله ألفٌ، حَنِث وماله ألفان، فلا يلزمه إلا ثلث الألف،

---

(١) قال مالك إذا حلف بصدقة ماله ثم زاد ماله فعليه ثلث ماله يوم الحلف لأنه الذي يتناوله السبب وإن نقص فثلثه يوم حنث لأنه الممكن وإذا حنث ثم نما ماله ثم حنث فنما ماله فعليه ثلث ماله ثم حنث فنما ماله أخرج ثلث ما معه الآن لأنه ثلث الأول وثلث الزيادات وإن لم يزد لم يخرج إلا ثلثا واحدا ولو حنث وماله مائة ثم حنث وهو سبعون ثم حنث وهو أربعون فعليه ثلث المائة إلا أن ينقص ما بيده عنه فلا شيء عليه غير ما بيده إلا أن يذهب باتلافه أو أكله فيلزمه دينا عليه ولا يضمن بالتفريط في إخراجه قاله مالك لأنه كالشريك وقال محمد إن كان على حنث ضمن ما ذهب بسببه. الذخيرة ٩١/٤.

وهذا بيِّن إن كانت الألف الثانية من فائدة.

قال في "البَيَان": واختلف إذا حَنِث، وقد زاد بولادة أو تجارة، ففي "العُتْبِيَّة " ليس عليه أن يخرج ثلث النَّماء، ومثله في "الواضحة " وغيرها لابن القاسم.

وهو صحيح لأنَّه على بر، وقال ابن القاسم: لا يدخل الولد في اليمين إذا كانت يمينه على بر، وإن كان قد قال مالك أنَّهم يدخلون، وفي "المبسوط " لابن دينار: أن ربح المال يدخل في الصدقة، ولا يدخل الولد في اليمين بالعتق.

قال في "البَيَان": ولو عكس ذلك لكان أشبه من أجل الاختلاف في اليمين بصدقة المال، انتهى.

وأما إن نقص؛ فإن كانت يمينه على بر، فلا يلزمه إلا ثلث ما بقي اتِّفاقًا، وكذلك إن كانت على حِنْث على المشهور، فقال ابن الموَّاز: يلزمه إخراج الثُّلُث ممَّا نقص إن كان النقصان بسببه.

ابن حبيب: وأمَّا إن نقص من أمر من الله دون تفريط؛ فلا خلاف أنه لا يلزمه إلا ثلث ما بقي، وحكى في "الجواهر " فيما إذا أنفقه بعد الحنث عن أشهب أنَّه لا شيء عليه، ولا يتبع دينًا، قال: وقال ابن القاسم يضمن إذا أنفقه أو ذهب منه كزكاة فرط فيها حتى ذهب المال.

وقال سحنون: إذا فرط في إخراج الثُّلث حتى هلك المال، ضَمِن.

وفي "الواضحة": من حلف بصدقة ماله فَحَنِثَ، ثُمَّ ذهب ماله باستنفاق، فذلك دين عليه، وإن ذهب بغير سببه، فلا يضمن ولا يضرُّه التَّفريط متى أصابه ذلك.

(ص): **(وفي ردِّ الزَّوج الثُّلُث في يمين الجميع قولان)**

(ش): يعني: إن حلفت الزوجة بثلث مالها، فليس لزوجها عليها كلام.

واختلف إذا حلفت بجميع مالها، فالمشهور له رد الجميع، وقيل: ليس له إلا رد ما زاد على الثلث.

وستأتي هذه المسألة في (باب الحجر) إن شاء الله.

كتاب الجهاد[1]

(الجهادُ واجبٌ على الكِفَاية بإِجْماعٍ)

(ش): (الجهاد) لغةً: التَّعب، ومنه (الجُهد)؛ وهو المشقَّة. وشرعًا: هو تعب خاص؛ وهو مقاتلة العدو[2].

وكان على الكفاية؛ لأنَّ المصلحة تحصل بالبعض.

قال في "الكافي": وفرض على الإمام إغزاء طائفة إلى العدو في كل سنة مرة

---

(١) الجهاد في اللغة: المبالغة واستفراغ الوسع في الشيء مشتق من الجهد يقال: جهد الرجل في كذا: أي جد فيه وبالغ ويقال: اجهد جهدك: أي ابلغ غايتك، وفيه تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللهِ حَقَّ جِهَادِهِ﴾ [الحج: ٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ [الأنعام: ١٠٩]، أي بالغوا في اليمين واجتهدوا فيها، وهذا من المعاني الحقيقية لمادة الجهاد، ومن المعاني المجازية قول العرب: سقاه لبنا مجهودا وهو الذي أخرج زبده أو أكثر ماؤه. ويقال: أجهد فيه الشيب إذا كثر. انظر: "لسان العرب: ١/ ٧١٠.

أما اصطلاحا: فقال المالكية بأنه: قتال مسلم كافرا غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله تعالى أو حضوره له أو دخوله أرضه له.

(٢) قال ابن رشد في المقدمات الجهاد مأخوذ من الجهد وهو التعب فمعنى الجهاد المبالغة في اتعاب الأنفس في ذات الله تعالى وهو ينقسم أربعة أقسام جهاد بالقلب وهو جهاد الشيطان ومجاهدة النفس عن الشهوات وجهاد اللسان وهو بالقلب بالمعروف والنهي عن المنكر وجهاد باليد وهو تغيير المنكرات وتعزيز أهلها بما يقتضيه وجهاد الاجتهاد السيف وهو قتال المشركين وقد ورد في حديث ضعيف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للصحابة في عودتهم من غزوة تبوك (رجعتم من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر مجاهدة العبد هواه) وأما جهاد المشركين والكفار ففضله عظيم وقدره جسيم نوه به في غير آية من كتابه الكريم وفي الموطأ عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم الدائم الذي لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع) وحديث (ما جميع أعمال الجهاد إلا كبصقة في بحر) منكر باطل ولا يصح ذكره إلا للتنبيه على بطلانه.

والجهاد كما يكون بالمقاتلة والمجالدة يكون بانفاق المال في ذلك وكل ما يعلي شأن الدين وباللسان أيضا بأن يبين بطلان عقائد النصارى وفساد ما هم عليه لحديث أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "جاهدوا المشركين بأموالكم وأيديكم وألسنتكم " صححه النسائي. أشرف المسالك ١/١١٠.

يخرج معهم بنفسه، أو يخرج من يثق به ليدعوهم إلى الإسلام ويرغبهم، ويكف أذاهم، ويظهر دين الله عليهم، ويقاتلهم حتى يدخلوا في الإسلام أو يعطوا الجزية.

ابن عبد السلام: والصواب: لو قال على الجمهور موضع الإجماع، فقد حُكِي عن ابن المسيب وابن شبرمة وغيرهما أنَّه فرض عين، وحُكي عن سحنون أنَّه سنة، وليس بفرض، انتهى.

وما حكاه عن ابن المسيب كذلك حكاه المازري، والذي حكاه اللَّخْمِيّ عن ابن شبرمة ليس بفرض.

والذي لسحنون في "كتاب ابنه": كان الجهاد فرضًا في أول الإسلام وليس اليوم بفرض، إلا أن يرى الإمام أن يغزو طائفة فيجب أن يطيعوه، ويكون جهازهم من بيت المال.

وإذا تأمَّلته تجده لا يدل على السنية؛ لأنَّ قوله: وليس اليوم بفرض، يحتمل أن يريد بفرض عين، وهو الظاهر؛ لأنَّه كان في أول الإسلام فرضًا على الأعيان.

المازري - بعد أن نقل عن سحنون كما ذكرنا -: وحكي عن سحنون أيضًا أنه قال: كان في أول الإسلام فرضًا على جميع المسلمين، وهو الآن مرغَّب فيه.

وأشار إلى أنَّه يمكن أن يؤول على من بعدت داره عن موضع الجهاد، وقام به في بعض المواضع من يكفي.

وقد ذكر في "المقدمات " أنَّه قال: الآن فرض كفاية بإجماع كما قال المُصنِّف، والله أعلم.

(ص): **(وقد جاهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الثانية من الهجرة غزوة بدر، ثم أحد، ثم ذات الرِّقاع، ثم الخَنْدَق، ثم بني النَّضير، ومُرَيْسِيع - وفيها اعتمر عمرة الحُدَيْبِيَة الَّتي صُدَّ عنها -، ثُمَّ خيبر - واعتمر فيها عمرة القَضِيَّة، ثم فَتْحِ مكَّة، وفيها نزل على حُنَيْن والطَّائف، ثُمَّ تبوك وَهِي الأخيرة، وفيها تخلَّف الثَّلاثة وجماعة، وفيها أمر أبا بكر رضي الله تعالى عنه أن يحجَّ بالناس، وحجَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في العاشر، وتوفِّي بعد حَجِّه)**

(ش): تبع في هذا ابن بشير، ومقصدهما بذلك بيان مرتبة الجهاد في الدين؛ لمواظبته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، واعلم أن المُصنِّف رحمه الله تعالى إذا عطف بـ (ثم)، فالمراد سنة ثانية، وإن عطف بواو، فهو مع ما قبله في سنة واحدة، وقوله: (في الثَّانية)

أي: في السنة الثانية.

(ص): **(ويتعيَّن على من نزل عليهم عَدُوٌّ وفيهم قُوَّة عليه، فإن عجزوا تعيَّن على من قَرُبَ منهم حتى يكتفوا، ويتعيَّن على من عَيَّنَهُ الإمام مُطلقًا)**

(ش): يعني: أنَّ الجهاد وإن كان فرضًا على الكفاية فهو يتعيَّن في حالين[1]:

الأولى: أن ينزل العدو بقوم وفيهم قوة عليهم.

ابن راشد: ولا خلاف أعلمه فيما ذكره المُصَنِّف.

قال في "الكافي": ولو قارب العدو دار الإسلام ولم يدخلها، لزمهم الخروج.

قوله: **(فإن عجزوا تعيَّن على من قَرُبَ منهم)** يريد: ما لم يَخَف من يليهم معرَّة العدو، فإن خافوا ذلك بأمارة ظاهرة، فيلزموا مكانهم، قاله سحنون.

والحال الثانية: أن يعين الإمام طائفة، فيتعين عليها.

قوله: **(مُطلقًا)** يحتمل: تعيَّنوا أم لا، ويحتمل: جاوره العدو أم لا، ويحتمل: كان من أهل الجهاد أم لا، كالعبد والمرأة؛ فإنَّهما حينئذٍ يلزمهما الخروج، نص عليه ابن شاس، ويحتمل كان له مانع من أحد أبويه أو رب الدين أم لا، ويحتمل أن يريد جميع ذلك.

فَرْعٌ:

ويسقط وجوب الجهاد بالعجز الحسي، وبالموانع الشرعية.

أما العجز الحسي: فكالصبا، والجنون، والأنوثة، والعمى، والعرج، والمرض،

---

(١) ابن عرفة: قد يعرض للفرض الكفاية ما يوجبه على الأعيان. التلقين: قد يتعين في بعض الأوقات على من يفجؤهم العدو. سحنون: إن نزل أمر يحتاج فيه إلى الجميع كان عليهم فرضا وينفر من بسفاقس لغوث سوسة إن لم يخف على أهله لرؤية سفن أو خبر عنها (وإن على امرأة) من النوادر: يخرج لمتعينه مطيقه ولو كان صبيا أو امرأة. أبو عمر: يتعين على كل أحد إن حل العدو بدار الإسلام محاربا لهم فيخرج إليه أهل تلك الدار خفافا وثقالا شبانا وشيوخا، ولا يتخلف أحد يقدر على الخروج من مقاتل أو مكثر، وإن عجز أهل تلك البلاد عن القيام بعدوهم كان على من جاورهم أن يخرجوا على حسب ما لزم أهل تلك البلدة.
وكذلك من علم أيضا بضعفهم وأمكنه غياثهم لزمه أيضا الخروج، فالمسلمون كلهم يد على من سواهم (وعلى قربهم إن عجزوا) تقدم نص الكافي والمازري قبل قوله: "ولو مع وال جائر".
وقال ابن بشير: إذا نزل قوم من العدو بأحد من المسلمين وكانت فيهم قوة على مدافعتهم فإنه يتعين عليهم المدافعة، فإن عجزوا تعين على من قرب منهم نصرتهم. التاج والإكليل ١٣٤/٥.

والفقر؛ أعني: العجز عن السلاح، والركوب عند الحاجة إليه، ونفقة الذهاب والإياب، ولا يسقط بالخوف من المتلصِّصين؛ لأنَّ قتالهم أهم.

أبو إسحاق: وقَطَعَةُ الطريق أحقُّ بالجهاد من الروم.

وأما الموانع الشرعية: فكالرق، ومنع صاحب الدين، ومنع الوالدين.

أما الرقيق؛ فليس له جهاد دون أمر سيده. وليس لرب الدين المنع بالدين المؤجل عن الجهاد، ولا عن سائر الأسفار، فإن كان يحل في غيبته وكَّل من يقضيه، وإن كان حالا، ولا يقدر على قضائه، فله السفر بغير إذن رب المال.

وللوالدين المنع، ولا يبلغ الجد والجدة أن يلحقا بهما، وسفر العلم الذي هو فرض عين، لهما منعه منه، فإن كان فرض كفاية فليتركه في طاعتهما.

ولهما المنع من ركوب البحار والبراري الخطرة للتجارة، وحيث لا خطر لا يجوز لهما المنع، والأب الكافر كالمسلم فيما عدا الجهاد من ذلك. وقال سحنون: وكذلك لهما المنع من الجهاد، إلا أن يعلم أن منعهما ليوهنا الإسلام.

(ص): **(والقُوَّة أن يكون العدُوُّ ضِعْفَهُم فما دُونهم عددًا، وقيل: قُوَّة وجَلَدًا)**

(ش): لما ذكر أن القوة شرط في تعيين الجهاد أخذ يفسرها، فذكر فيها قولين.

والقول باعتبار **العدد** لابن القاسم وجمهور الأصحاب.

ابن عبد السلام: وهو المعروف. والقول باعتبار الجلد لابن الماجشون، ورواه عن مالك، واختاره ابن حبيب، والأوَّل أقرب إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ﴾ [الأنفال: ٦٦] الآية، ولم تفرق الآية بين كافر وكافر، وأيضًا فإن الإنسان قد يقاتل من لم يعاينه إلا حين القتال، فكيف يعلم منزلة من لم يخالط في الشجاعة؟!

اللَّخْمِيّ: ولا أراهم يختلفون أنَّه متى جهل منزلة بعضهم من بعض في القوَّة أنَّهم مخاطبون بالعدد. يريد: أن هذا الاتفاق ممَّا يقوي القول الأوَّل؛ لأنَّه إذا حمل اللَّفظ في هذه الصُّورة على الحقيقة وجب حمله في سائر الصِّور على ذلك. ولا يقال أن المُصَنِّف فسَّر القوة بالقوة في القول الثاني؛ لأنَّه لما قرن القوة الثانية بلفظ الجلد، صار كأنَّه فسر القوة في الآية بالشِّدَّة والجلد، والله أعلم.

تنبيه:

يستثنى على المشهور من اعتبار **العدد** ما إذا لم يؤمن أن يكثر الكفار.

الباجي: وأمَّا إذا كان الكفار في بلادهم، وحيث يخاف تكاثرهم، فإن للعدد اليسير

أن يولوا عن مثلهم؛ لأنَّ فرارهم ليس من العدد اليسير.

(ص): (فيحرُمُ الفِرَار إلا مُتحرِّفًا أو مُتحيِّزًا)

(ش): الفاء جواب شرط مقدَّر؛ أي: إن حصلت القوَّة فيحرم الفرار. وهو من الكبائر عند مالك وأصحابه[1].

ابن القاسم: ولا تجوز شهادة من فَرَّ من الزحف، ولا يجوز الفرار وإن فَرَّ إمامهم؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إلا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللهِ﴾ [الأنفال: ١٦].

ابن رشد: وهذا ما لم يبلغ عدد المسلمين اثني عشر ألفًا، فإن بلغ اثني عشر ألفا لم يحل الفرار، وإن زاد عدد المشركين على الضعف؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "وَلَنْ يُغْلَبَ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا مِنْ قِلَّةَ"، فإن أكثر أهل العلم خَصَّصُوا بهذا الحديث عموم الآية.

وروي عن مالك ما يدل على ذلك من مذهبه، وهو قوله للعمري العابد؛ إذ سأله: هل لي سعة في ترك مجاهدة من غيَّر الأحكام وتركها؟ إن كان معك اثنا عشر ألفًا مثلك، فلا سعة لك في ذلك، انتهى.

والمتحرِّف: هو أن يرى من نفسه الانهزام، وليس هو مقصده حتى يتبعه العدو فيرجع عليه، وهو من أحد مكائد الحرب.

والتحيُّز: هو الرجوع إلى الأمير أو جماعة بشرط القرب.

---

(١) (والفرار) بكسر الفاء أن يولي (من العدو) ونيته أن لا يرجع إليه عده العلماء (من الكبائر إذا كانوا) أي العدو من الكفار (مثلي عدد المسلمين فأقل) سواء كان المسلمون مثلهم في القوة أو أشد أو جهل الأمر وهو المشهور، وسواء كان للكفار مادة أم لا، وقيدنا بقولنا ونيته إلى آخره احترازا ممن إذا فر ونيته الرجوع، بأن يفعل ذلك مكيدة له فإنه جائز لقوله تعالى ﴿إلا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة﴾ المتحرف هو الذي يري العدو الانهزام حتى يتبعه فيكر عليه والمتحيز هو الذي يرجع إلى الأمير أو إلى جماعة بقربه يستعين بهم، (فإن كانوا) أي العدو الكفار (أكثر من ذلك) أي مثلي عدد المسلمين (فلا بأس) بجواز (ذلك) الفرار من العدو، وظاهره ولو بلغ المسلمون اثني عشر ألفا وهو كذلك.

في النوادر عن سحنون ونقل ابن رشد عن جمهور أهل العلم وارتضاه أن المسلمين إذا بلغوا اثني عشر ألفا لا يجوز لهم الفرار، وإن كان الكفار أكثر من مثليهم وقيد به بعضهم كلام الشيخ واعتمده صاحب المختصر. حاشية العدوي ٤/٤٤١.

مالك: وأما إن بعد الأمير والجيش منه، فلا يجوز ذلك، قال صاحب " النوادر": وفي "الْمَوَّازِيَّة " لا يجوز لأحد الانحياز إلا عن خوف بَيِّن، وعن جيش مستطيع، أو ضعف من السلطان. وأما عن أمن متناصف وفي الغلبة مطمع فلا، ولا يكون لأمير الجيش ما يكون للسرايا من الانحراف والتولِّي عنهم، ولهم سعة في أن يثبتوا لقتال أكثر من الضعفين والثلاثة بأضعاف كثيرة، وهم يجدون مصرفًا عنهم، فإن علموا أنَّهم مقتولون، إن ثبتوا فأحبُّ إليَّ أن ينصرفوا إن وجدوا إلى ذلك سبيلا، فإن لم يجدوا، فلهم أن يقاتلوا حتى يقتلوا، فمن احتسب نفسه على ذلك فهو الشهيد، ومن ثبت حتى قتل، ولم يجد مَصْرِفًا، فإنَّه يرجى له فضل الشِّهَادة كما قال عمر.

وروى مالك الكراهة بذلك، انتهى.

واختلف قول مالك في إقدام الرجل على العدد الكثير والجيش الذي يوقن أنه يقتل، بشرط أن يؤثر فيهم بالجواز والكراهة، قال في "البَيَان": والصحيح الجواز.

ابن عبد السلام: والظاهر من قوله أن ذلك إنَّما يسوغ بشرط أن يعلم ذلك الواحد من نفسه من الشجاعة ما يكون عنه نكاية العدو، وإن قتل، ويشترط أن يخلص النِّيَّة لله تعالى لا لإظهار شجاعة، وإن كان كذلك حصل منه إرهاب العدو، وهما إحدى فوائد الجهاد، ولم يكن من إتلاف النَّفس بغير فائدة.

(ص): **(ويَجِبُ مع ولاة الجَوْر أيضًا على الأشهر)**

القولان في "الْمُدَوَّنَة[1]"، والأشهر هو الذي رجع إليه مالك ارتكابًا لأخف المفسدتين؛ لأنَّ الغزو معهم إعانةً على جورهم، وترك الغزو معهم خذلان للإسلام.

ابن حبيب: سمعت أهل العلم يقولون: لا بأس به، وإن لم يوفوا بعهد ولا يضعوا الخمس موضعه.

ابن المواز: ولا يجوز خروج جيش إلا بإذن الإمام. وسهَّل مالك لمن يجد فرصة من عدو قريب أن ينهضوا إليهم بغير إذن الإمام، ولم يجز ذلك السرية ويحرمهم ما غنموا.

سحنون: إلا أن تكون جماعة لا يخاف عليها، فلا يحرمهم. يريد: وقد أخطؤوا، قيل: والخلاف في الجهاد مع ولاة الجور إنَّما هو إذا كان معهم من يقاتل، وإلا فيجب

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٨.

عليهم بالاتفاق.

فَرْعٌ:

روى عيسى عن ابن القاسم، قال: سُئِلَ مالك عن الوالي إذا قام عليه قائم يطلب إزالة ما بيده، هل يجب علينا أن ندفع عنه غيره؟ قال: أما مثل عمر بن عبد العزيز؛ فنعم، وأمَّا غيره فلا، فدعه وما يريد منه، ينتقم الله من ظالم بظالم ثُمَّ ينتقم من كليهما.

(ص): **(وفي وجوب الدَّعوة ثلاث طُرُق: الأولى: تجب فيمن بعده، والثانية: ثالثها الأوْلى، والثالثة: رابعها تَجِب في الجيش الكثير الآمن)**

(ش): تصوُّر كلامه لا يخفى عليك. وذكر ابن بشير الأقوال الأربعة، قال: واختلف الشيوخ في ضبط المذهب، فذكر الطُّرق الثلاثة التي ذكرها المُصَنِّف[1].

ابن عبد السلام: إلا أنَّ جعل هذا الخلاف في الوجوب لا تساعده الروايات إذا تأمَّلْتَ ألفاظها، وإنما يقولون: يُدعى العدو إن بعدت داره أو على حالة ما، وهو محتمل للاستحباب، وربما صَرَّحوا بذلك، والذي لم نشك فيه أنا إذا لم نعلم حال العدو وهل بلغته الدعوة أم لا، كانت الدعوة مستحبَّة؛ لأنَّ الغالب بلوغها إليه، وإن انضاف إلى ذلك رجاء الإجابة، وَجَبَت.

اللَّخْمِيّ: واتَّفق على وجوبها في حق من لم تبلغه، وهي في حق من بلغته على أربعة أوجه:واجبة، ومستحبة، ومباحة، وممنوعة.

والواجبة: إذا غلب على ظَنِّنَا أنَّهم إذا دُعوا أجابوا، وكان جيش الكفَّار لا طاقة لهم بالمسلمين.

والمستحبة: إذا شك هل يجيبوا أم لا.

والمباحة: إذا علم أنهم لا يجيبون.

والممنوعة: إذا كان بالمسلمين قلة، ويخشى بالدعوة على المسلمين، ولا يشك

---

(١) قال اللخمي لا خلاف في وجوب الدعوة قبل القتال لمن لم يبلغه أمر الإسلام ومن بلغه فأربعة أقسام واجبة من الجيش العظيم إذا غلب على الظن الإجابة على الجزية لأنهم قد لا يعلمون قبول ذلك منهم ومستحب إذا كانوا عالمين ولا يغلب على الظن اجابتهم ومباحة إذا لم يرج قبولهم وممنوعه إن خشي أحدهم لحذرهم بسببها واختلف في التبييت فكرهه مالك وأجازه محمد لقضية كعب بن الأشرف وهو ثلاثة أقسام من وجبت دعوته لا يجوز تبييته ومن تستحب دعوته يكره تبييته ومن أبيحت أبيح إلا أن يخشى اختلاط المسلمين بالليل. الذخيرة ٣/٤٠٣.

في سقوطها إذا عاجلونا.

المازري: وفي "الْمُدَوَّنَة[1]" الأمر بدعاء السلامة غير قتالهم، وهو يحسن على القول بأنَّ الدَّعوة يؤمر بها وإن كان عالمًا؛ لأن السلابة مسلمون وهم عالمون بأنهم ظالمون.

تنبيه:

هذا الخلاف في الروم، وأمَّا القِبط؛ ففي "الْمُدَوَّنَة[2]": لا يقاتلون، ولا يبيتون حتى يدعوا، ولم يَرَ أنَّ دعوة الإسلام قد بلغتهم.

ابن يونس: يريد أنهم قوم لا يفقهون، فكأنه رأى أنهم لم يفقهوا ما يدعون إليه، فرأى أن يُدْعُوا وتُبَيَّن لهم الدعوة؛ لا كما قيل: إنما ذلك لأن مارية القبطية أم ولده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأنكر ذلك بعض الناس، وقال: القبط من أحذق الناس، وإنَّما العلة فيهم أنَّه كان لهم عهد، فركبوا بالظُّلم، وتداول الملوك ذلك من أهل الجور، فنقضوا ما كانوا عليه من العهد، فلذلك لم يقاتلوا حتى يدعوا ويخبرون أنَّهم يردون إلى ما كانوا عليه، ويسار فيهم بالعدل وطريق الحق، وأمَّا الروم؛ فما كان لهم عهد قط.

فَرْعٌ:

فإن قوتل من لم تبلغه الدعوة قبلها فقتلوهم وغنموا أموالهم وأولادهم، فمذهبنا أنه لا شيء على المسلمين من دية ولا كفَّارة.

المازري: وهو مذهب أبي حنيفة.

وقال الشافعي: فيه الدية، وحجتنا: أن النَّهي عن قتالهم قبل الدعوة لا توجب مخالفته الدية؛ كقتل النساء والصبيان.

وحكى المازري عن بعض أصحابنا البغداديين: أنه لو ثبت لنا أن هذا المقتول متمسِّك بكتابه وآمن بنبيه حسبما اقتضاه كتابه، ولكنه لم يعلم ببعثته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقتل قبل الدعوة فإن فيه الدِّيَة.

(ص): **(وهي أن يدعوا إلى الإسلام أو الجِزْية)**

(ش): ليس هو مخيَّر كما هو ظاهر كلامه، بل يدعون أولا إلى الإسلام، فإن أبوا فإلى الجِزْية.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٨.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٨.

التُّونُسِيّ: وفي "الواضحة": إذا وجبت الدعوة فإنما يدعون إلى الإسلام جملة من غير ذكر الشرائع، إلا أن يسألوا عنها فتبين لهم، وكذلك الجزية جملة بلا توقيت ولا تحديد إلا أن يسألوا فتبيَّن لهم.

وذكر اللَّخْمِيّ غيره: أن صفة الدعوة تختلف وكلها راجعة إلى أن يدعى إلى الرجوع عن الوجه الذي به كفر.

ونَصَّ اللَّخْمِيّ على أن الكافر إذا أقر بالألوهية والرسالة، ثم أنكر الإقرار بالصلاة، أو بالزكاة، أو بالصوم، أو بالحج كان على حكم المرتد، فإن رجع وإلا قتل.

وذكر المتيطي عن مالك وابن القاسم وغيرهما: أن إسلام الكافر لا يصح إلا بعد إقراره بفروع الشريعة، وأنَّه إذا أقرَّ بالوحدانيّة والرسالة ثُمَّ رجع أنَّه يؤدب ويشدِّد عليه، وأن أبي لم يكن عليه شيء، قال: وبه أخذ ابن عبد الحكم، وبه القضاء والعمل.

وحكى ما ذكره اللَّخْمِيّ عن أَصْبَغ قال: وإن اغتسل لإسلامه ولم يصل إلا أنَّه أحسن إسلامه، ثُمَّ رجع عن إسلامه، فإنَّه يؤخذ بالصلاة، فإن صلَّى وإلا قتل.

قال ابن القاسم: ولا يقتل حتى يصلي ولو ركعة واحدة.

(ص): (**ولا يُستعان بالمُشْركين في القِتَال إلا أن يكونوا نَوَاتِيةً أو خَدَمًا**)

(ش): لقوله جل ثناؤه: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا مِنْهُمْ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا﴾ [النساء: ٨٩]، ولما في "الصحيح" من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لليهوديّ الذي اتبعه: "ارْجِعْ، فَلَنْ أَسْتَعِينَ بِمُشْرِكٍ"[١].

واختلف إذا خرج الكفَّار من تلقاء أنفسهم، فظاهر ما في سماع يحيى أنَّهم لا يمنعون. وقال أَصْبَغ: يمنعون أشد المنع[٢].

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٨١٩) والترمذي، برقم (١٥٥٨)..

(٢) قال ابن القاسم: لا يستعان بالمشركين في القتال لقوله صلى الله عليه وسلم: "لن أستعين بمشرك". ولا بأس أن يكونوا نواتية وخدمة. ابن رشد: ولا بأس أن يستعار منهم السلاح انتهى. انظر إن كان هذا مأخوذا من الحديث وفيه: "يا معشر يهود قاتلوا معنا أو أعيرونا سلاحكم" وقال أبو عمر: حديث: "لن أستعين بمشرك" مختلف في إسناده. وقال عياض: قال بعض علمائنا: إنما كان النهي في وقت خاص. وقال الشافعي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي: لا بأس بالاستعانة بأهل الشرك. وأجاز ابن حبيب أن يقوم الإمام بمن سالمه من الحربيين على من لم يسالمه. وروى أبو الفرج عن مالك: لا بأس للإمام أن يستعين بالمشركين في قتال المشركين إذا احتاج إلى ذلك. أبو عمرو: يحتمل أن يكون استعانته صلى الله عليه وسلم بيهود لضرورة. التاج =

وقوله: (إلا أن يكونوا نَوَاتِيَةً أو خَدَمًا) نحوه في "الْمُدَوَّنَة[١]". وينبغي أن تقيد النواتية بما إذا كانوا تبعًا لغيرهم.

ابن حبيب: ويستعملون في رمي المجانيق وهدم الحصون، قال: ولا بأس أن يقدم مَنْ سالمه مِنَ الحربيين على من لم يسالمه بالسلاح ونحوه، ويأمرهم بنكايتهم، ولا بأس أن يكون من سالمه بحذاء عسكره وقربه ما لم يكونوا في داخل عسكره، وكَرِهَ بعض أهل المدينة رميهم بالمجانيق.

قال في "الجواهر": وتجوز الاستعانة بالعبيد إذا أذن السادة، وبالمراهقين إن كانت فيهم قوة.

(ص): (ولا بأس أن يجعل القاعد للخارج جُعْلا، وهُمَا من ديوانٍ واحد، مضى النَّاس على ذلك)

(ش): يعني: إذا عين بعثًا فأراد بعض من أمر بالخروج أن يجعل جُعلا، جاز بشرط أن يكونا من ديوان واحد.

مالك في "الْمُدَوَّنَة[٢]": لأن عليهم سد الثغور، وربما خرج لهم العطاء، وربما لم يخرج.

قال فيها: ولا يعجبني أن يجعل لمن ليس معهم في ديوان ليغزو عنه، وقد كره مالك لمن في السبيل إجارة فرسه لمن يرابط عليه أو يغزو عليه، كمن بعسقلان وشبهها، فهو إذا أجر نفسه أشد كراهة.

وكان مالك رحمه الله أشار إلى أنَّ الأصل منع هذه الإجارة؛ لكونها إجارة مجهولة، وإنَّما أجاز ذلك إذا كانا من ديوان واحد؛ لأنَّ على كل واحد منهما ما على الآخر، فليست إجارة حقيقة، وما ذكرناه من عدم الجواز إذا لم يكونا من ديوان واحد، كذلك صرَّح به التُّونُسِيّ، قال هو وابن يونس وغيرهما: ولا يخرج أحد عن أحد إلا بإذن الإمام، ولو كان الثاني أشجع؛ لأنَّ الإمام قد يرى من سماه أولى.

التُّونُسِيّ: أما إذا قال: يخرج من البعث الفلاني مائة، فأعطى بعضهم لبعض على

=

والإكليل ٥/١٤٢.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٩.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٧٩.

أن يخرج عنه، فقال الإمام: إذا أخرج جاز ذلك؛ لأنَّ الإمام لم يسمِّ أحدًا، ولو قال: يخرج جملة بعث أهل الصيف، فأراد بعضهم أن يجعل لمن يخرج في الربيع، لم يجز إلا بإذن الإمام؛ لأنه قد عيَّن من يخرج، فلا يخرج غيره إلا بإذنه، وينبغي إذا أتاه من يقوم مقامه ألا يكلفه الخروج؛ إذ لا ضرر عليه في ذلك، وهذا جائز، إلا لمن وقف نفسه لهذا يلتمس الزيادة فمتى وجدها خرج، فمكروه.

(ص): **(ولا يُسافر بالنِّساء إليهم إلا في جيشٍ كبيرٍ آمنٍ، ولا يسافر بالمُصْحَف إليها بحالٍ)**

(ش): إنَّما لم يسافر بالنِّساء إليهم خشية أن ينال المرأة العدو، إلا في جيش كبير آمن؛ لأنَّ الغالب حينئذ السَّلامة، وقد ثبت أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يسافر في الغزو ببعض نسائه؛ وقالت الرُّبَيِّعُ بنت مُعَوِّذ: "كُنَّا نَغْزُو مَعَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَنَسْقِي الْقَوْمَ وَنَخْدُمُهُمْ.."[1] الحديث، والأمن مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ موجود ومفهوم.

وقوله: (إليهم) جواز السفر بهن في أرضنا كالثغور، وليس على إطلاقه؛ بل قَيَّد ذلك سحنون بالمواضع المأمونة الكبيرة؛ كالإسكندرية وتونس، وشك في صفاقس، وسوسة، ومثله لمالك.

مالك: ورُبَّ ثغر فيه ألف رجل ليس بمأمون، ولم يسافر بالمصحف إليهم بحال؛ خوفًا من أن يناله العدو، والفرق بين المصحف والنِّساء: أنَّ المصحف قد لا يسقط ولا يشعر به، بخلاف المرأة، فإنَّها تذكر نفسها؛ ولأنَّ النَّهي في المصحف عام، وففي "الموطأ": "نَهَى رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُسَافَرَ بِالْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ؛ وذلك مَخَافَةَ أَنْ يَنَالَهُ الْعَدُوُّ".

وقال في "الاستذكار": هكذا قال يحيى وأكثر الرواة.

وقال ابن وهب عن مالك في آخره: خشية أن يناله العدو، ولم يجعله من قول مالك؛ وهو بلفظ مرفوع صحيح، وكذلك رواه جماعة.

ابن الماجشون: ولو أنَّ الطاغية كتب إلى الملك أن يبعث إليه مصحفًا ليتدَّبره، فلا ينبغي لأنَّه نجس؛ هكذا نقل صاحب " النوادر " وابن يونس.

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٥٦٧٩) وأحمد في مسنده، برقم (٢٦٤٧٦).

ونقل الباجي عنه عدم الجواز، وهو مقتضى التعليل.

ابن الماجشون: ولا بأس أن يقرأ الرجل القرآن على الكفَّار، ويحتجُّ عليهم به، وقال في "الاستذكار": واختلفوا في تعليم الكفار القرآن، فأجازه أبو حنيفة.

وكذلك الفقه رجاء أن يرغبوا في الإسلام، وقال مالك: لا يعلم القرآن ولا الكتاب، وكَرِهَ رُقية أهل الكتاب، واختلف فيها قول الشافعي.

وكَرِهَ مالك وغيره أن يعطي الكافر درهمًا فيه آية من القرآن؛ ولا خلاف فيه إذا كانت آية تامة، وإنما اختلفوا فيها إذا كان فيه اسم من أسماء الله تعالى، ولم تكن الدراهم عليها اسم الله تعالى، وإنما ضربت دراهم الإسلام في أيام عبد الملك بن مروان، انتهى.

ابن عبد السلام - بعد أن ذكر قول مالك وأبي حنيفة -: وأجاز الجميع أن يقرأ عليهم القرآن، وأن يبعث إليهم بالكتاب فيه آيات من القرآن، والأحاديث بذلك كثيرة.

(ص): (وإذا تَسَاوَت الأحوال عند المغلوب في العَطَب، فالمشهور: جواز الانتقال، ولو رجا أحدهما وَجَبَ عليه)

(ش): قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": وإذا حرق العدو سفينة للمسلمين، فلا بأس أن يطرحوا أنفسهم في البحر؛ لأنَّهم فرُّوا من موت إلى موت، وهو أحد قولي ربيعة، قال: وإن صبروا فهو أكرم.

ومقابل المشهور لابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة": أنه لا ينتقل، واختاره ابن المواز؛ لأنَّ في انتقاله سببًا لقتل نفسه، وبه قال ربيعة في أحد قوليه.

وقوله: (ولو رجا أحدهما وَجَبَ عليه) أي: فلو رجا النجاة في أحد تلك الأحوال وجب وهو ظاهر، وكذلك عبر ابن بشير بالوجوب. وعبارة المتقدِّمين في هذه المسألة: فله ذلك.

وسئل ربيعة عن مدينة حاصرها العدو، فضعفوا عن قتالهم، وليس عندهم ما يكفيهم؛ أيخرجون للقتال، أم يصبرون حتى يموتوا جوعًا؟

قال: بل يخرجون إلى القتال أحبُّ إليَّ.

ابن سحنون: فلو بلغ بهم الجوع حتى لا يقدروا على القتال، فإن طمعوا في الأسر

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٠.

مفاداة أو نجاة، وقد عرف ذلك من العدو، فليخرجوا إليهم، وإن كانوا يقتلونهم، فليصبروا للموت جوعًا وعطشًا.

التُّونُسِيّ: ولم يُبِح لهم الخروج، ولعلَّ ذلك أروح لهم.

وقد اختلف في المركب من المسلمين يلقي الرُّوم عليها النار، هل يثقل الرجل نفسه ليغرق؟ وكأنَّه اعترض عدم جواز الخروج؛ لأنَّ القتل صبرًا أهون من الصبر للجوع، وقد يجاب عن هذا بما قاله ابن عبد السلام.

الشافعي: إنه إذا كانت إحدى الطائفتين في الحالتين يطول بقاؤه معها أكثر، تعين الانتقال إليها، وهو ظاهر؛ لأنَّ حفظ الحياة واجب ما أمكن.

وروى أبو الفرج عن مالك: لا حَرَجَ على من أظله العدو في البحر أن يلقي نفسه فيه.

اللَّخْمِيّ: وليس بالبيِّن، ولا أرى يلقي بنفسه مع رجاء الأسر؛ لأنَّه قدم الموت على الحياة مع الأسر، واستشكال اللَّخْمِيّ ظاهر، وهذه الرواية مخالفة لما تقدَّم، إلا أن يأول أن العدو إذا أسروه لا يبقوه.

(ص): **(وإذا اؤتُمِن الأسير طائعًا لم تَجُز الخيانة، وإلا جازت ويَمْلِكُهُ، وكذلك من أسلم منهم ويأتي بمال غيره، ولا يُخَمِّس)**

(ش): يدخل في قوله: (وإلا جازت) صورتان: إذا لم يؤتمن، أو اؤتمن مُكرهًا، وكذلك قال ابن بشير[(١)].

وفي اللَّخْمِيّ: لا يهرب، ولو كان مكرهًا؛ لأنَّ ذلك يؤدي إلى الضرر بالمسلمين والتضييق على من بأيديهم من الأسارى، ويرون أن المسلمين لا يوفون بالعهد.

وتكلَّم الأصحاب هنا على ما إذا اؤتمن على نفسه أو مال، والظاهر: أن المُصَنِّف إنما تكلم على المال؛ لأنَّ ذلك المتبادر من لفظ الأمانة، ولقوله: (ويَمْلِكُهُ) فإن الملك

---

(١) قال يحيى بن سعيد إذا أؤتمن الأسير على شيء في أمانته وله أخذ ما لم يؤتمن عليه قال ابن يونس قال ابن القاسم ولا يخمس ما يهرب به لأنه لم يوجف عليه وإن كان خرج إلى دار الحرب فأسر خمس لأنه لم يحصل إلا بالإيجاف ولا يجوز له وطء الجارية حتى يستقر ملكه بدخوله إلى دار الإسلام وإن كانت لا تخمس ولا يعاملهم بالربا قال الأشهب إذا دفعوا إليه ثوبا ليخطه فلا يخون فيه لأنه أؤتمن عليه قال محمد إذا خان أو رابى ثم تخلص تصدق بقدر ما رابى وخان لتعذر وصوله إلى ربه ولا شيء عليه في السرقة. الذخيرة ٣/٣٩٠.

لا يكون إلا في المال.

واختلف في النفس والمال؛ فقال سحنون: عليه أن يؤدي أمانته في نفسه وماله.

وفي "البَيَان " عن المخزومي وابن الماجشون: له أن يهرب، ويأخذ من أموالهم ويقتلهم، وإن ائتمنوه، فإن أحلفوه، فلا حِنْث عليه؛ لأنَّ أصل يمينه الإكراه.

ونقل ابن عبد السلام وغيره عن مالك: أنَّه يهرب بنفسه، لا بماله، وكذلك نقله في "الكافي "عن مالك، وقال: عليه أن يخرج، ويكفر عن يمينه إن لم يكره عليها، وإن أكره فلا كفَّارة عليه، قال: وهو الصحيح.

وفرق ابن الموَّاز، فقال: إن كان ذلك بعهد ووعد، فذلك يلزمه، وأما بالطلاق والصدقة، فلا يلزمه، ولا حِنْثَ عليه فيه؛ لأنَّه مكره.

وقاله ابن القاسم وزاد: وللأسير أنَّ يسرق من مال العدو ولا يعاملهم بالربا. وقال أشهب: إن دفعوا إليه ثوبًا يخيطه، فلا يحل له أن يسرق منه؛ لأنه اؤتمن عليه.

ابن الموَّاز: وما أقرَّ به بعد تخلصه إلى بلد الإسلام أنَّه كان فعله من سرقة، أو زنًى، أو خيانة، أو ربا.

فلا شيء عليه في السرقة، وأحبُّ إليَّ أن يتصدَّق بقدر ما أربى به، أو خان، إذ لا يقدر على رد ذلك إلى أهله، واختلف في زناه، فقال ابن القاسم: يقام عليه الحد إن شهد عليه أو أقرَّ وأقام على إقراره ولم يرجع، وقاله أَصْبَغ، وسواء زنى بحرة أو مملوكة.

وقال عبد الملك: لا حد عليه في زناه ولا في سرقته.

قوله: (ولا يُخمَّس) راجع إلى المسألتين؛ لأنَّ الحكم فيهما عدم التخميس، إذ لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، وهذا هو المشهور.

وحكى في "البَيَان " عن ابن المواز: أن عليه الخمس إن كان أسر ببلد الحرب؛ لأنَّه لم يصل إلا بالإيجاف، بخلاف ما إذا أسر من بلاد المسلمين، قال: وقوله بعيد على أنه إنَّما ساقه في كتابه على أنه تفسير للمذهب.

(ص): (ويجب فداء المسلمين)

(ش): وهذا كقول مالك في "العُتْبِيَّة": يجب على المسلمين فداء أسراهم بما قدروا عليه، كما يجب عليهم أن يقاتلوا حتى يستنقذوهم، وإن لم يقدروا على فدائهم

إلا بكل ما يملكون فذلك عليهم[1].

الباجي: والوجوب قول جمهور الأصحاب.

وسئل أشهب عن المفاداة بالخمر، فقال: لا يدخل في نافلة بمعصية. فسماه نافلة.

المازري: ولعل أشهب ما قصد ما يدل عليه حقيقة، وإنما عبَّر بالنَّافلة؛ لأنَّه لما كان الفداء لا يمكن أن يكون إلا بالخمر، سقط وجوبه، وصار من جهة السقوط كالنافلة التي لا تجب.

صاحب " البَيَان": ويبدأ بالفداء من بيت المال، فإن عجز عنه بيت المال، فهو على جميع المسلمين على قدر أموالهم، والأسير كأحدهم، فإن تعذَّر هذا وجب عليه أن يفدي نفسه من ماله.

وفي "الاستذكار": تقديم الأسير على جماعة المسلمين في فداء نفسه، ومقتضاه أنه قول مالك، وقال اللَّخْمِيّ: أرى أن يبدأ بمال الأسير ثم بيت المال، فإن لم يكن أو لم يتوصل إليه فمن الزكاة على المستحسن من القول، فإن لم يكن فعلى جميع المسلمين على قدر الأموال، إذا كان لا يستغرق أموالهم، وإن كان يستغرقها افتدي بجميعها.

(ص): (وفي المُفاداة بالخمر ونحوه وآلة الحرب، ثالثها: يُفادى بآلة الحرب، ورابعها: بالخمر ونحوه دونها)

(ش): المنع مطلقًا لابن القاسم، والجواز مطلقًا لسحنون، قال: ويبتاع لهم الخمر للفداء، هكذا نقل الباجي عنه.

ونقل اللَّخْمِيّ، وصاحب " البَيَان"، وابن يونس عنه أنَّه قال: ويأمر الإمام أهل الذِّمَّة بدفع ذلك إليهم ليحاسبهم بذلك في الجزية.

والقول بجواز المفاداة بالخيل والسلاح دون الخمر والخنزير وما أشبههما لابن الماجشون وأشهب؛ لئلا يتذرع إلى ملك الخمر وإشاعتها في أسواق المسلمين، والرابع عكس الثالث.

---

(١) في حكم الفداء يجب استنقاذهم من يد الكفار بالقتال فإن عجز المسلمون عنه وجب عليهم الفداء بالمال فيجب على الأسير الغني فداء نفسه وعلى الإمام فداء الفقراء من بيت المال فما نقص تعين في جميع أموال المسلمين ولو أتى عليها ويجبر الإمام سادات العلوج على فداء المسلمين بهم ولا يعطاهم الثمن. القوانين الفقهية ص/١٠٢.

ونسبه اللَّخْمِيّ وابن راشد لابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة"؛ لأنَّهم يتقوون على المسلمين بآلة الحرب.

وسبب الخلاف تعارض مفسدتين؛ إحداهما: إعانة الكفار بآلة الحرب والخمر، والثانية: بقاء المسلمين بأيديهم، وينبغي على هذا أن تتبع المصلحة الراجحة.

(ص): **(وفي المفاداة بأسارى العدُوِّ المقاتلة قولان)**

(ش): القول بالجواز لأصْبَغ؛ لما في "مسلم": "أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فدى أسيرين مسلمين بمشرك"، وقيَّده اللَّخْمِيّ بما إذا لم يخش بتسليمهم الظهور على المسلمين.

ابن عبد السلام: ولا شك أن منع المفاداة بآلات الحرب أنه يمنع المفاداة في هذا الفرع، انتهى.

أما من لم يقاتل، فقال سحنون: لا بأس أن يفدوا بصغار أطفال المشركين إذا لم يسلموا، أو بالذمي إذا رضي الذمي وكانوا لا يسترقونه.

(ص): **(ولا يرجع على الأسير مُسْلمًا أو ذِمِّيًا وإن كان غَنِيًا، إلا من يقصد الرُّجوع عليه فيرجع عليه، وإن كان بغير أمره، وقيل: إلا فيما يُمْكِن بدونه وفيمن يُرجى خلاصه)**

(ش): الباجي: الذي عليه جمهور أصحابنا أنَّه يرجع على الأجنبي مطلقًا إلا أن يريد الصدقة، وعلى الأقارب الذين ليسوا من ذوي المحارم، ولا يرجع على أقاربه الذين يعتقون عليه.

ابن راشد: فجعل الرجوع على الأجنبي والقريب غير ذوي المحرم أصلا، والمُصَنِّف جعل عدم الرجوع أصلا إلا أن يقصد الرجوع، ويحتمل أن يكون ما قاله المُصَنِّف موافقًا للباجي بأن يريد إلا أن يُقصد بضم الياء على البناء لما لم يسم فاعله؛ أي: لا يرجع إلا على من يقصد الرجوع عليه في العادة، وهو الأجنبي، ومن ليس بذي محرم من الأقارب، وحمله على هذا أولى؛ لمطابقة كلام الباجي، انتهى.

وانظر قول الباجي الذي عليه جمهور أصحابنا، فإنه لم يذكر مقابل الجمهور.

وعلى الرجوع فقال الباجي: يرجع بمثل ما اشتراه به إن كان مثليًا، أو بقيمته إن كان مقومًا.

ابن عبد السلام: وفي الرجوع بالقيمة هنا نظر؛ لأنَّ الفادي كالمسلف للأسير،

والسلف يقضى فيه بالمثل إن كان السلف مثليًا.

قوله: (وقيل: إلا فيما يُمكن....) إلخ، هذا القول للخمي، استثنى صورتين:

الأولى: إذا أمكن الفداء بأقل مما فدى به، فلا يلزمه إلا ذلك الأقل.

الثانية: أن يمكن الأسير التَّخلص من غير شيء، فلا يلزمه شيء، ويشترط في الصورتين جميعًا عنده أن تكون قدرة الأسير على ما زعمه معلومة.

خليل: وينبغي أن يكون تقييدًا، كما قالوا في الرجل يأتي بالبقر يحرث بها أرضه، فيغلط فيحرث أرض جاره، ثم يطلب أجرة الحرث من جاره، فإن كان جاره يحرثها بنفسه وعبيده، فلا شيء عليه، وإن كان إنما يحرثها بالأجرة، فإنه يرجع عليه بها.

(ص): **(ولْيَتْبَعْ ذِمَّتَهُ إن كان فقيرًا)**

(ش): يعني: إذا قلنا بالرجوع، فلا يسقطه فقره، بل تتبع ذمَّته.

ابن راشد: وكذلك إن علم أنَّه فقير وفداه، فإنه يرجع عليه، وهو قول ابن القاسم، وقال في المنفق على الصبي الفقير: لا يرجع عليه بما أنفق ورآه محتسبًا. والفرق أن الكبير قادر على التكسُّب بخلاف الصبي، وقال بعض الأندلسيين: لا يرجع على الفقير.

(ص): **(وفي رُجُوعِ المسلم عليه بالخمر ونحوه إن كان اشترى الخمر لذلك قولان، بخلاف الذِّمِّي)**

(ش): لا إشكال أَنَّ الذِّمِّيَّ يرجع بقيمة الخمر والخنزير ونحو ذلك، وأما المسلم، فقال سحنون: لا يرجع بقيمة ذلك.

الباجي: ويحتمل على قوله بإجازة الفداء بالخمر والخنزير أن يرجع على الأسير بثمن ذلك.

ابن عبد السلام: ولا يوجد القول بالرجوع إلا ما قاله الباجي، وجعله محتملا.

فَرْعٌ:

سحنون: ومن فدى خمسين أسيرًا ببلد الحرب وفيهم المليء والمُعدم؛ فإن كان العدو قد عرف ذلك منهم قسم عليهم الفداء على تفاوت أقدارهم، وإن جهل العدو ذلك منهم قسم عليهم بالسواء؛ وإن كان فيهم عبيد فهم سواء وساداتهم بالخيار بين أن يفدوهم أو يسلموهم.

(ص): **(فإن كان قريبًا لا يرجع على مثله في الهبة، فثالثها: إن كان ممَّن يُعتق عليه، فلا رجوع إلا أن يأمره مُلتزمًا على الأصحِ، فإن لم يكن عارفًا به رجع على الأصح)**

(ش): قوله: (لا يرجع على مثله في الهبة) أي: هبة الثَّواب، وسيأتي ذلك في بابه إن شاء الله تعالى.

ثُمَّ قسم المسألة على قسمين: تارة يكون عارفًا به، وتارة لا يكون عارفًا به، وذكر في العارف ثلاثة أقوال، وتصورها من كلامه ظاهر:

الأول: عدم الرجوع مطلقًا.

والثاني: مقابله.

والثالث: التصنيف.

ومراد المُصَنِّف بالقريب: من كان ذا محرم، وأما ذو الرحم وليس بمحرم فلا خلاف أنه كالأجنبي ويتبعه مطلقًا، قاله في "المقدمات"، وليس من الأقوال الثلاثة ما هو منصوص إلا القول الأوَّل بعدم الرجوع، وهو قول ابن حبيب وسحنون.

والقول بالرجوع مطلقًا خرجه بعضهم من قول المغيرة في المكاتب يؤدي عمن معه في الكتابة أنه يرجع عليه، كان ممن يعتق عليه أم لا، وهكذا قال ابن راشد: إنه لم يقف إلا على القول بعدم الرجوع.

وزعم ابن عبد السلام أنَّ الثالث هو المنصوص، وفيه نظر؛ فإني لم أره في شيء من الأمهات، ثم كلامه يقتضي أن القول بنفي الرجوع مطلقًا ليس بمنصوص، وقد نقله ابن يونس والباجي وغيرهما.

وفي "الكافي "عن مالك وابن القاسم أنَّ من فدى قريبًا لا يُعتق عليه كالخالات لا يرجع عليه، إلا أن يكون لم يعلم به حين الفداء، وأن من فدى من يعتق عليه فلا رجوع له عليه مطلقًا علم أو لم يعلم، ولا يقال هذا الثالث في كلام المُصَنِّف؛ لأن هذا القول فيه تفصيل بين العلم وعدمه، وكلام المُصَنِّف إنما هو مع العلم؛ لقوله بعد ذلك: (فإن لم يكن عارفًا)، وفي "المقدمات " إن كان قريبًا يعتق عليه، فقال ابن حبيب: لا يتبعه، وقيل: لا يتبعه إذا علم.

وهو الذي يأتي على ما في "الْمُدَوَّنَة[1]"، واختلف إذا كان لا يعتق عليه، فقيل: إنه كالزوجة لا يتبعه إذا علم إلا إذا علم إلا إذا فداه بأمره.

وقيل: كالأجنبي يتبعه في كل حال.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٨١.

وقوله: (إلا أن يَأْمُره) ابن عبد السلام: هو استثناء من تمام القول الثالث، ويتعدَّى بالمعنى إلى القول الأول؛ يعني: أنه يقول بإسقاط رجوع الفادي إذا لم يأمره الأسير، فإن أمره الأسير بذلك ملتزمًا للأداء، رَجَعَ عليه على الأصح، وسواء كان ممن يعتق عليه أو لا، وهذا الأصح، نقله الباجي وغيره عن سحنون، والقول بعدم الرُّجوع مطلقًا لم أقف عليه، وهكذا قال، وكأنَّه رأى الحكم لما اقتضى عنده عدم الرجوع، وصار التزامه لذلك كالتزام المكره، فلا يلزم، وفيه بعد، وقوله: (فإن لم يكن عارفًا به رجع على الأصح) هذا هو القسم الثاني، وهو إذا فدى قريبه غير عالم بأنه قريب له، بل فداه على أنه أجنبيّ، فإنه يرجع عليه على الأصح، سواء كان ممن يعتق عليه أم لا، وهو الذي يأتي على ما في "الْمُدَوَّنَة[1]" على ما في "المقدمات".

وفرق ابن حبيب بين من يعتق عليه، فلا يرجع عليه، وبين ما لا يعتق عليه فيرجع عليه، واقتصر عليه الباجي، وابن يونس.

فداء القريب لقريبه على ثلاثة أوجه: إن فداه وهو يعرفه لم يرجع عليه مطلقًا؛ كان ممن يعتق عليه أو لا، وإن فداه بأمره يرجع عليه مطلقًا، وإن فداه وهو لا يعرفه فلا يرجع على من يعتق عليه، ويرجع على من سواه من الأقارب الذين لا يعتقون عليه وعلى الزوجين.

(ص): **(والزَّوجان كالقريبين، فلا رُجُوع على المشهور)**

(ش): هذا يقتضي أن المشهور في الفرع السابق من الأقوال الثلاثة عدم الرجوع؛ لأنَّه إذا كان شبه القرابة مانعًا من الرجوع، فالقرابة من باب الأولى، وهذا أحسن إذا ساعده النقل، والمنصوص في الزوجين إذا اشترى أحدهما صاحبه، وكان عارفًا به عدم الرجوع؛ فإن لم يكن عارفًا به اتبعه بذلك في ملائه وعدمه، قاله ابن القاسم وابن حبيب، ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك؛ لكن أشار سحنون وغيره إلى تخريج قول بالرجوع من إحدى الروايتين بالقضاء بينهما بالعوض في الهبة، وعبد الحميد وغيره يقدحون في هذا التخريج بأن المسائل المبنية على العوائد لا تخرج عليها مسائل أخرى؛ إذ من الممكن أن تكون العادة جرت في أمر بصورة ولم تجر في نظيرها، ومن الممكن أن تسمح النُّفوس بالهدية دون الفداء، ولا سيما مع نزارة الهدية وكثرة الفداء.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٨١.

(ص): (**وإذا جعل الأسير لفاديه جُعلا، فالمنصوص: يَسْقُطُ، وقيل: إلا أن يتكلَّف ما لا يتعيَّن عليه واختير**)

(**ش**): قال ابن بشير: ولو جعل الأسير لمن فداه جُعلا على فدائه، فنص الروايات أنَّه يسقط، وذلك ظاهر إذا لم يتكلَّف في ذلك مؤنة أو تكلَّفها، وقد تعيَّنت؛ فإن تكلَّف ما لا يتعيَّن عليه، فينبغي أن يكون له من الأجر بحسب كلفته، انتهى.

ونقل ابن عبد السلام مقابل المنصوص عن المتأخرين وكلام المُصَنِّف لا يؤخذ منه هذا، وإنما ظاهره على أن القول إذا تكلف يجب مجموع الجعل، وهو ظاهر ما علل به ابن راشد؛ لأنه قال: قاسه في القول الثاني على جواز الإجازة على الإمامة إذا انضم إليها خدمة المسجد، بجامع أن تكليف هذا ما لم يتعيَّن عليه، كتكليف الآخر خدمة المسجد، واختاره الأشياخ، انتهى.

(ص): (**وفي كون الفادي أحق من الغرماء قولان، بخلاف ما يكون معه**)

(**ش**): يعني: إن فدي الأسير بمال، وكان عليه دين، فهل يكون الفداء مقدمًا أم لا؟

أما بالنسبة إلى ما قدم به من بلاد العدو، فالفادي مقدَّم؛ لأنَّ ما دفعه في مقابلة رقبته وما في يده؛ وأمَّا بالنسبة إلى ماله الذي ببلاد الإسلام، فقال سحنون وعبد الملك: هو أيضًا أولى به؛ لأنَّ الفداء آكد بدليل أنَّه يفادى بغير إذنه وبأضعاف قيمته.

وقال ابن المواز: هو أسوة الغرماء وهو أقيس؛ لأنَّ الفداء تعلق بذمته كالدين.

وناقض ابن يونس وابن زرقون قول محمد في هذه المسألة بما له أيضًا في أم الولد، وذلك أنَّ عبد الملك قال في أم الولد: أن يشتريها من العدو أولى بما في يد سيدها من الغرماء، قال محمد: صواب جيد.

(ص): (**وإذا اختلف الأسير والفادي، فالقول قول الأسير على الأصحِّ**)

(**ش**): أي: اختلف في أصل الفداء وقدره، وظاهر كلام المُصَنِّف وفي جنسه؛ لكن لم أر المسألة في كتب الأصحاب إلا في أصل الفداء وفي قدره.

والأصح رواه ابن حبيب عن ابن القاسم، وابن الماجشون، ومطرف، وأَصْبَغ: أن القول قول الأسير في إنكاره الفداء جملة، وفي إنكاره بعضه إن أتى بما يشبه، سواء أخرجه من دار الحرب أم لا.

ابن حبيب: وقيل: إذا أقر الأسير أنه فداه، واختلفا في قدر الفداء، صدق الفادي، ويصير كالرهن في يديه، وهذا اختلاف قول مالك، وكذلك قال سحنون: القول قول

الفادي إذا كان الأسير بيده، هكذا نقل الباجي.

ابن عبد السلام: فالذي يظهر من هذا النقل أنه إن لم يكن في يديه، فالقول قول الأسير، وإن كان في يديه فقولان، انتهى.

وظاهر كلام المُصَنِّف: (فالقول قول الأسير) أن القول قوله، ولو ادعى غير الأشبه، وهو قول ابن القاسم في "العُتْبِيَّة".

ابن يونس: يريد مع يمينه، واحتجَّ ابن القاسم على ذلك بما قاله مالك: أنه لو أنكر الفداء أصلا، وقد خرجا من بلاد الحرب كان القول قول الأسير؛ لكان قال في "البَيَان": إن القول قول الأسير، وإن ادعى ما لا يشبه ليس على أصولهم مراعاة دعوى الأشبه في التداعي؛ لاتفاقهما أنه فداه بذلك، بخلاف إذا ادعى أحدهما على صاحبه أنه فداه فأنكر، والذي يأتي على أصولهم إذا اختلفا في مبلغ الفدية أن يكون القول قول الأسير إن أتى بما يشبه، وإن أتى بما لا يشبه، كان القول قول الفادي إن أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه حلفا جميعًا، وكان للفادي ما يفدي به مثله من ذلك المكان، وكذلك إن نكلا جميعًا، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر، كان له ما حلف عليه وإن لم يشبه؛ لأنَّ صاحبه قد مكنه من ذلك بنكوله، انتهى.

واستشكل صاحب "البَيَان" قول من قال عن كون الأسير بيده: يرجح قول الفادي.

قال: لأنَّه لما كان لا يباع لم يكن كالرهن، وليس كونه بيده دليلا على قلة الفدية أو كثرتها، وإنما كان ينتفع الفادي بكون الأسير في يده إذا اختلفا في أصل الفداء؛ لأنَّ كونه في يده دليل على أنه فداه.

(ص): (المُقاتل به، ويُقاتل العدو بكُلِّ نوع، وبالنَّار إن لم يمكن غيرها وخيف منهم)

(ش): المقاتل: هو من يجوز قتاله من الكفار، وإنَّما صدر كلامه بالآلة؛ لأنَّ قتل المقاتل إنَّما يكون بها، وأيضًا ليبين ما يجوز به القتال، وما لا يجوز؛ يعني: أن العدو يجوز قتاله بسائر أنواع الحرب من رمي المجانيق، وإرسال الماء عليهم، وقطع الماء عنهم، وبالنار إذا لم يمكن غيرها، ولا خلاف أنَّه إذا خيف منهم ولم يكن غير النار أنهم يقتلون بها.

ابن راشد: والخلاف الذي حكاه إنَّما هو إذا لم يخف منهم، وقدرنا عليهم بالنار وغيرها، فقال ابن القاسم وسحنون: لا يقاتلون بها، وقيل: يقاتلون بها، ونسبه ابن

عبد السلام لمالك، ومنشأ الخلاف ما في البخاري[١] من حديث أبي هريرة، قال: بعثنا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بعث، فقال: "إن وجدتم فلانًا وفلانًا فأوقدهما بالنار"، ثُمَّ قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين أردنا الخروج: "إِنِّي كُنْتُ أَمَرْتُكُمْ أَنْ تُحْرِقُوا فُلانًا وَفُلانًا بِالنَّارِ، وَإِنَّ النَّارَ لا يُعَذِّبُ بِهَا إِلا اللهُ عز وجل".

وحمل الحديث في القول الآخر على ما إذا صاروا في حكمهم وأما إذا امتنعوا، فيجوز عملا بعموم الآية.

قال صاحب "البَيَان" وابن زرقون: الخلاف إنما هو إذا كانوا في حصن، أمَّا إن كان العدو في سفينة ونحن كذلك، فلا خلاف في جواز رميهم، وإن كان معهم النساء والصبيان؛ لأنهم لم يرموا بالنار رمونا بها.

(ص): (وإن خيف على الذُّرِّيَّة من النَّار تُرِكوا ما لم يُخف منهم، ومن الآلات لم يُتركوا، فيها: رمى أهل الطائف بالمجانيق)

(ش): يعني: إذا خفنا على ذريتهم من النَّار لم يُرموا بها إلا أن يخاف منهم، وأمَّا إن خيف عليهم من الآلات، فإنهم لا يتركون، واستدلَّ على ذلك في "الْمُدَوَّنَة[٢]" برميه عليه الصلاة والسلام أهل الطَّائف بالمجانيق.

قوله: (ومن الآلات) عطف على النَّار، وحكى صاحب " البَيَان"، وابن زرقون: إذا كانوا في الحصن، ومعهم النساء والصبيان أربعة أقوال: أجاز أَصْبَغ تحريقهم وتغريقهم ورميهم بالمجانيق. وحكى فضل عن ابن القاسم أنه لا يفعل بهم شيء من ذلك.

وقال ابن حبيب: يغرقون ويرمون، ولا يحرقون. وفي "الْمُدَوَّنَة[٣]": يرمون ولا يحرقون ولا يغرقون.

قال: وإن كان في الحصن مع المقاتلة أسرى مسلمون، فلا يرموا بالنار ولا يغرقوا، واختلف في قطع الماء عنهم، ورميهم بالمجانيق، فقيل: إن ذلك جائز، وهو قول ابن القاسم وأشهب: وقيل: لا يجوز، وهو قول ابن حبيب في "الواضحة"، وحكاه عن مالك وأصحابه المدنيين والمصريين، انتهى.

وفي ابن يونس: لا خلاف إذا كان مسلم في حصن العدو، أنَّه لا يحرق ولا يغرق.

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٣٠١٦) والترمذي، برقم (١٥٧١).

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٣.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٤.

واختلف إذا كان فيهم ذريَّةٌ مشركون، فقيل: إنَّهم كالمسلمين.

وقيل: بل يغرقون ونقطع عنهم المياه. ولم يختلف في رمي حصونهم بالمجانيق، وإن كان فيهم المسلمون أو ذريةٌ مشركون، واختلف في رمي مراكبهم بالنار وفيهم مسلمون أو ذريَّةٌ، فقيل: لا يرمون. وقيل: يرمون، وقيل: إن كان فيهم مسلمون لم يُرموا، وإن كان فيهم ذرية رموا.

وكره مالك أن يقاتل العدو بالنبل المسموم، وقال: ما كان فيما مضى؛ ولأنَّ ذلك قد يعاد إلينا.

(ص): (ورأى اللَّخْمِيّ أنَّه لو خافت جماعةٌ كثيرة منهم، جاز قتل من معهم من المسلمين ولو بالنار، وهو مما انفرد به، كما انفرد بالطَّرح بالقرعة من السُّفن، وفيها: الاستدلال بقوله تعالى: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [الفتح: ٢٥])

اللَّخْمِيّ: إذا كان العدو طالبين للمسلمين، ولم يقدروا على حربهم إلا بالنار، جَازَ قولا واحدًا، وسواءً كان معهم نساؤهم وذراريهم أو لا، وأرجو إذا كان معهم النفر اليسير من المسلمين أن يكون خفيفًا؛ لأنَّ هذه ضرورة، ويختلف إذا كان المسلمون الطالبين لهم، فدفعوا عن أنفسهم بالنار هل يرمون بها، انتهى.

فأباح قتل المسلمين بالنار معهم إذا كان العدو طالبين، وخاف المسلمون منهم، وإلى هذا أشار بقوله: (لو خافت جماعة) أي: من المسلمين منهم؛ أي: من الكفار، قال: وهو مما انفرد به تبعًا لابن بشير، وليس بظاهر، فقد تقدَّم من كلام ابن يونس الخلاف، وكذلك حكى ابن رشد، وابن زرقون في "السفينة " ما لا يغتفر في غيرها.

قيل: لما فرض اللَّخْمِيّ المسألة فيما إذا كان العدو هم الطالبين لم يتأتَّ هذا، وأما مسألة الطرح من السفن بالقرعة، فالظاهر: أنَّ اللَّخْمِيّ انفرد بها، وإنَّما لم يوافق عليها لأنَّه لا يلزم مما قاله ارتكاب مفسدة مخففة لأمر مظنون.

قوله: (وفيها: الاستدلال) لأنَّ لفظ "الْمُدَوَّنَة[1]": وإن كان مسلم في حصن العدو أو مركبه لم أر أن يحرق أو يغرق؛ لقول الله عز وجل: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [الفتح: ٢٥]، وقوله تعالى: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا﴾، أي: تَميَّز المسلمون من الكفار.

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٤.

(ص): **(أما لو خيف على استئصال الإسلام احتمل القولين كالشافعي)**

(**ش**): الظاهر: أنه يريد بالقولين مذهب "الْمُدَوَّنَة[١]"، ومذهب اللَّخْمِيّ؛ لأنه لما استدل فيها بقوله تعالى: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا﴾ علم أن مذهبه المنع.

وقوله: (كالشافعي)، أي: كما أن في مذهب الشافعيّ القولين.

ابن بشير: وذكر الشافعي قولين إذا اتقى أهل الحرب بالمسلمين، وكنَّا نخاف إن تركناهم من استئصال جمهور المسلمين، انتهى.

ابن هارون: وإنَّما قال المُصَنِّف: (كالشَّافعيّ) إما لأنَّه لما ذكر انفراد اللَّخْمِيّ بالمسألة السابقة ذكر أن محل النظر ما صوره الشافعية، واعترض عليه ابن راشد في قوله: (كالشافعي)، قال: لأن الشافعي إنما يبيح الرمي مع القطع باستئصال المسلمين، لا مع الخوف، وفيه نظر.

وقد سألت جماعة من قضاة الشافعية، فقال كل واحد: في مذهب الشافعي قولان:

أحدهما - وهو الصحيح -: أنه إذا خيف على استئصال المسلمين جاز قتل الترس.

والثاني: أنه لا يجوز القتل إلا بأن يقطع باستئصال الإسلام، قالوا: وإنما صححنا الأول؛ لأنَّ القطع غير ممكن.

ولم يذكر ابن شاس إذا خيف على استئصال قاعدة الإسلام أو جمهور المسلمين خلافًا، بل قال: يسقط اعتبار الترس.

(ص): **(وإذا أسروا عُجمًا أو عُربًا فالإمام مُخيَّر في خمسة: القتل، أو الاسترقاق، أو ضرب الجِزْيَة، أو المُفَادَاة، أو المَنِّ بالنَّظر)**

(**ش**): حاصله: أنه بالخيار بين القتل والإبقاء، فإن قتل فلا تفصيل، وإن أبقى خير في أربعة أوجه: الاسترقاق، وضرب الجزية، والمفاداة، والمن.

وقوله: (بالنظر) راجع إلى الخمسة؛ يعني: أن التخيير إنما هو بحسب المصلحة ومتى وجد فيها أحسن تعين. ونص الباجي على أنه يجب على الإمام أن ينظر في ذلك بحسب الاجتهاد.

قال في "الجواهر": ولا يمنع من الاسترقاق كون المرأة حاملا من مسلم، لكن لا

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٤.

يرق الولد إلا أن تكون حملت به في حال كفره، ثم سبيت بعد إسلامه؛ فالحمل سبي.

وأما المفاداة؛ فقد تقدَّم الكلام على جوازها بالأسرى، وأما بالمال فالمشهور جوازه خلافًا لسحنون. وقال ابن حارث: الخلاف إنما هو في مفاداة الرجال بالمال، ولا خلاف في مفاداة النساء به.

ابن يونس: وفي "المختصر الصغير " ومن استحياه الإمام من الأسارى فلا يقتل، قال في "المستخرجة": إلا أن يبقيهم الإمام فيرى فيهم رأيه، فله قتل من رأى منهم، انتهى.

فإن أمسكه ليختبر ثمنه فله قتله، وإن أمسكه للبيع ثُمَّ بدا له، فقال ابن المواز: له قتله، وقال أَصْبَغ: ليس له، وهو الظاهر.

اللَّخْمِيّ: وإن مَنَّ عليه لم يجز أن يحبسه عن الذِّهاب إلى بلده، إلا أن يكون قد اشترط عليه أن يبقى ليضرب عليه الجزية، فإن أبقاه للجزية لم يجز له أن يسترقه، ويجوز أن يفادي به برضاه. وإن أبقاه على وجه الاسترقاق جاز أن ينتقل معه إلى الجزية، والمنِّ، والفداء. وإن أبقاه للفداء لم ينتقل إلى الجزية، ولا للرق إلا برضاه.

(ص): **(فلا يقتل الضعيف، ويُقتل من لا يُؤمن، ولا يمن على ذي النِّكاية)**

(ش): لما قال: أولا بالنظر ذكر هنا بيانًا للنظر، ومفهوم قوله: (فلا يُقْتل الضعيف) أنه يقتل الشجيع، وهو كذلك.

قال في "البَيَان": واختلف قول مالك إذا جهلت حالته في قوة النجدة هل يحمل عليها، وهو ظاهر قول مالك في "الْمُدَوَّنَة[1]"، ويقتل من الأسارى من لا يؤمن؟ ألا ترى ما كان من أبي لؤلؤة - يعني: قاتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه -؟ وقال مرة: لا يقتل إلا أن تتبيَّن منه الفروسيَّة، ووقع هنا نسختين؛ إحداهما: ويُمَنُّ كما ذكرنا، والثَّانية: ولا يُمَنُّ، وهما على معنيين؛ فإن فسرنا صاحب النِّكاية بكونه ينكي المسلمين بقتاله، فيأتي لا يُمَنُّ، وإن فسرنا صاحب النِّكاية بأنَّه إذا قتله المسلمون حصلت لأجله نكاية، بأن يكون كبيرًا في قومه، وليس فيه كبير نجدة فيأتي ويمن، والله أعلم.

(ص): **(والمُراهق المقاتل كالبالغ)**

(ش): ظاهره: أنه مُخيَّر فيه بالخمسة المتقدِّمة، وقال اللَّخْمِيّ: يخير الإمام في

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٥.

النساء والصبيان في المن، والفداء، والاسترقاق دون القتل والجزية، وإن رأى استبقاء من قارب البلوغ ليضرب عليه الجزية لم يمنع، انتهى.

فلم يذكر فيه القتل، لكن في "النوادر " عن ابن القاسم من رواية يحيى بن يحيى، أنَّه قال في المرأة، والصَّبِيّ لم يحتلم يقاتلان ثُمَّ يؤسران: إن قتلهما جائز بعد الأسر، كما جاز قبل ذلك، وعن ابن حبيب كذلك إن قاتل بالسيف والرمح لا بالحجارة، إلا أن يقتل فيقتل وإن أسر، إلا أن يرى الإمام استحياءه، وكذلك المرأة.

وعن ابن سحنون، أنه قال لأبيه: بلغني أنك قلت: إن أُسِر الصبي أن الإمام فيه مخيَّر في قتله وتركه، فأنكره وقال: لا يقتل إلا أن يُنبِت.

وذكروا خلافًا فيمن أنبت ولم يحتلم، فقال ابن القاسم: لا يقتل، وقال الأكثر: بل يقتل، وهذا مبنيٌّ على أن الإنبات هل هو علامة للبلوغ أو لا؟ وسيأتي هذا المعنى إن شاء الله تعالى.

(ص): (**ولا يُقتلُ النَّساء ولا الصِّبيان، وفي النِّساء المُقاتلات، ثالثها: إن قاتلت جاز، ورابعها: عند قِتَالِها. وفيمن اقتصرت على الرَّمي بالحجارة قولان**)

(**ش**): لما رواه البخاري[1] ومسلم[2] عن ابن عمر[3]: "أَنَّ امْرَأَةً وُجِدَتْ فِي بَعْضِ مَغَازِي رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم مَقْتُولَةً، فَأَنْكَرَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم قَتْلَ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ".

وقال في "الاستذكار": وأجمع العلماء على القول بذلك، والحكمة في ذلك والله أعلم: أن الأصل عدم إتلاف النفوس، وإنما أبيح منه ما يقتضي دفع المفسدة، ومن لا يقاتل ولا هو أهل القتال في العادة ليس في إحداث الضرر كالمقاتلين، فيرجع إلى الأصل فيهم وهو المنع، هذا مع ما في نفوس النساء والصبيان من الميل وعدم التشبث الشديد بما يكون عليه غالبًا، فدفع عنهم القتل لعدم المقاتلة في الحال والحاضر، ورجاء هدايتهم عند بقائهم.

والقول بقتلها إذا قاتلت لابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة".

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٣٠١٤).

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٧٤٥).

(٣) هو عبد الله بن عمر بن الْخطاب بن نفَيْل بن عبد الْعُزَّى، أسلم مَعَ أَبِيه بِمَكَّة وَهُوَ صَغِير، مَاتَ سنة ثَلاث وَسبعين، وقيل غير ذلك. انظر: رجال الصحيح: ١/٣٨٤.

والقول بأنها لا تقتل في "كتاب ابن سحنون"؛ لعموم النهي.

والثالث: لابن حبيب، قال: إذا قاتلت إلا أن يُرى الإمام استحياءها.

والرابع - على ما ذكره المُصَنِّف -: يقتضي أنَّ الخلاف مطلق، والذي حكاه التُّونُسِيّ، واللَّخْمِيّ، والباجي، وابن بشير أنَّه لا يختلف في جواز القتل في حالة المقاتلة؛ لأنَّا لو لم نفعل ذلك لأدى إلى قتلنا مع قدرتنا على المدافعة، وإنما الخلاف إذا أسرن، وقد تقدَّم منهن قتال.

وقوله: (وفيمن اقتصرت على الرَّمي بالحجارة قولان) قال ابن حبيب: لا يبيح ذلك قتلها، إلا أن تكون قتلت بما رمت به، ومثله روى ابن نافع عن مالك. قال صاحب " النوادر"، والباجي، وقال سحنون: يرميهن المسلمون بالحجارة وإن قتلن في ذلك، وظاهره: أنهن لا يقتلن بغير ذلك، وعلى هذا ففي كلام المُصَنِّف إجمال؛ لأنَّ ظاهره على القول بأنها تقتل بكل شيء، نعم ذكر ابن بشير القول على نحو ما ذكره المُصَنِّف، وأما صياحها، وحراستها، واستعانتها، فلا يوجب شيء من ذلك قتلها.

سحنون: ومن قتل من نهي عن قتله من صبي أو امرأة أو شيخ هَرِم، فإن قتله في دار الحرب قبل أن يصير في المغنم، فليستغفر الله، وإن قتله بعد أن صار مغنمًا فعليه قيمته، يجعل الإمام ذلك في المغنم.

(ص): (ويلحق بهنَّ الزَّمنَى والشيخ الفاني ونحوهم ممَّن لا رأي له ولا معونة)

(ش): يعني: ويلحق بالنِّساء من ذكر بشرط عدم الرأي ومراده بـ (نحوهم) الفلاحون والأجراء وأهل الصناعات، ولا شك في جواز قتلهم إن قاتلوا، وإن لم يقاتلوا فقال سحنون: يقتلون، قال: ولم يثبت حديث العسيف، وهو الأجير، وكذلك قال في الأعمى والمقعد، والمريض.

وقال ابن الماجشون، وابن وهب، وابن حبيب: لا يقتلون، وذكره اللَّخْمِيّ عن مالك، قال: وهو أحسن في أهل دينهم كالمستضعفين.

وفي "الموطأ": أنَّ أبا بكر رضي الله عنه قال ليزيد بن أبي سفيان حين بعثه أميرًا إلى الشام: إنَّك ستجد قومًا زعموا أنَّهم قد حبسوا أنفسهم لله، فذرهم وما زعموا أنَّهم حبسوا أنفسهم له، وستجد قومًا فحصوا عن أوساط رءوسهم من الشعر، فاضرب ما فحصوا عنه بالسيف، وإني موصيك بعشر: لا تقتلن امرأة، ولا صبيًا، ولا كبيرًا هرمًا، ولا تقطعنَّ شجرًا مثمرًا، ولا تخربن عامرًا، ولا تعقرن شاة، ولا بعيرًا إلا لمأكلة، ولا

تحرقن نخلا، ولا تغرقنه، ولا تغلل، ولا تجبن.

وقوله: فحصوا عن أوساط رءوسهم.

ابن حبيب: يعني الشمامسة، وقال بعضهم: هم رهبان الكنائس.

(ص): **(وكذلك الراهب في ديرٍ أو صومعةٍ غير المخالط برأيٍ على المشهور)**

(**ش**): حاصله: إن اجتمع في الراهب الانقطاع عن أهل ملته بأن كان في الصوامع أو في الأديار.

أو حكمًا بأن لا يخالطهم برأي، فالمشهور: أنه لا يقتل؛ لما رواه ابن أبي شيبة من حديث ابن عباس عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَنَّه كَانَ إِذَا بَعَثَ جُيُوشَهُ، قَالَ: "لا تَقْتُلُوا أَهل الصَّوَامِعِ"[(١)]. ولوصية أبي بكر رضي الله تعالى عنه.

وروي عن مالك القتل ذكره في "البَيَان"، فإن لم ينقطع عن أهل ملته حسًا، بل كان في الكنائس قتل. قاله ابن حبيب وغيره.

قال في "كتاب ابن سحنون": إذا وجد راهب قد نزل من صومعته وهو منهزم مع العدو فأخذ، فقال: إنَّما نزلت وهربت خوفًا منكم أنَّه لا يعرض له، وكذلك لا خفاء في قتله إذا أشار عليهم.

وفي "كتاب ابن سحنون": إذا مروا براهب فلا يستخبرونه عن شيء من أمر عدوهم.

سحنون: ومن ترهب ببلد في دار الإسلام، ولحق بدار الحرب سبيله سبيل الراهب، قيل: فكيف يعرفون أنه راهب؟ قال: لهم سِيَما يعرفون بها، قال: وكذلك إذا وجد الراهب في دار أو غار، فهو كأهل الصوامع.

ابن حبيب: ولم ينهِ عن قتل الرهبان لفضل ترهبهم، بل هو أبعد من الله من غيرهم؛ لشدَّة كفرهم، ولكن لتركهم أهل دينهم فكانوا من النساء، وقيل لمالك: ربَّما أسرى المسلمون سرية، فيعلم بهم الراهب، فيخافون أن يدل عليهم، فينزلونه ليكون معهم، فإذا أمنوا أرسلوه، قال: ما سمعت أنه ينزل من صومعته.

(ص): **(وعلى تركه يكون حُرًّا ويُترك له ما يقوم به لا المال الكثير على الأشهر)**

(**ش**): الأشهر، ومقابله لمالك، والأشهر مذهب "الْمُدَوَّنَة[(٢)]"، ففيها: يترك لهم من

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، برقم (٣٣٦٧٩).

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٦.

أموالهم ما يعيشون به، ولا تؤخذ كلها فيموتون جوعًا.

فقوله: (ولا تؤخذ كلها) فيه دليل على أنَّه يؤخذ منهم ما زاد على الكفاية، وكذلك قال في "العُتْبِيَّة": يترك لهم قدر ما يصلحهم.

وكذلك قال في "الجلاب": ولا تؤخذ أموالهم، إلا أن تكون إلا أن يكون فيها فضل عن كفايتهم، فتؤخذ فضولها.

وفي التَّلقين: تترك لهم أموالهم، إلا أن تكون كثيرة، فتؤخذ ويترك لهم اليسير.

وقال سحنون: يترك للراهب من ماله ما يعيش به الأشهر، والشيخ الكبير بمنزلة الراهب فيما يترك له من العيش والكسوة.

ونقل في "البَيَان " عنه: أنه لا يترك للراهب والشيخ إلا ما يستر عورته، ويعيش بها الأيام.

وقال اللَّخْمِيّ: قال مالك: ويترك له مثل البقرتين، والغنيمات، وما مثله يكفيه، والمبقلة، والنخيلات، ويؤخذ ما بقي أو يحرق، ولكن تأول في "البَيَان " ما وقع لمالك في "العُتْبِيَّة": أنه إنَّما يترك لهم ما يصلحهم، على ما إذا وجدنا عندهم أموالا، وادعوا أنَّها لهم، ولم نصدقهم، قال: وأما لو صدقناهم لتركناها لهم، وإن كثرت.

وأبقى غيره الرواية على ظاهرها: إنَّه يترك لهم ما كثر، ولو علم أنَّ ذلك لهم، وقول ابن عبد السلام: إن أكثر الروايات أنه يترك لهم الجميع، والتفصيل بين الكثير والقليل هو مذهب سحنون، ليس بظاهر لما ذكرناه.

(ص): **(وفي الراهبات مثلهم قولان)**

(ش): ألحقهن مالك في "العُتْبِيَّة " بالرجال، وقال: إنهن أحق بذلك، وقال سحنون باسترقاقهن؛ لأنَّ الترهب لما منع قتل الرجال تبعه منع الاسترقاق، ودم المرأة لم يمنع منه الترهُّب، وإنَّما هو ممنوع بالشرع، فلم يكن هناك أصل يتبعه الاسترقاق.

(ص): **(ومن وُجد في أرض المسلمين أو بين الأرضين وشُكَّ في أنَّهم حربٌ أو سلم، فقال مالك: هذا أمر مشكل)**

(ش): قال: (وشُكَّ)، لأنَّه قامت أمارة على أنه جاء للحرب أو السلم عمل عليها؛ وأما إن لم تعلم أمارة أو قامت، ولكنها تعارضت، فقال مالك في "الْمُدَوَّنَة[1]": في

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٦.

العلج يلقاه المسلمون ببلد العدو، وهو مقبل إلينا، فيقول: جئت أطلب الأمان، هذا أمر مشكل، ويرد إلى مأمنه. وقال في "العُتْبِيَّة": لا يقبل منه.

ابن القاسم في "العُتْبِيَّة": وإن أخذ ببلدنا، فقال: جئت أطلب الفداء، قبل قوله: إن أخذ بفور وصوله ولا يكون فيئًا، وإن لم يظهر عليه إلا بعد طول إقامة بين أظهرنا، لم يقبل منه قوله ويسترق، وليس هو لمن وجده، ولا يقتل إلا أن يعلم أنه جاسوس، فيقتل.

وقال ابن حبيب وعزاه لمالك: إن كانوا من بلد اعتادوا الاختلاف منه فيما ادَّعوه من الفداء، أو التجارة، أو الاستئمان قبل قولهم، وردُّوا إلى مأمنهم، وإلا فهم فيء، وبه قال سحنون وعيسى؛ وهو قول ربيعة في "الْمُدَوَّنَة[1]".

وعن سحنون: أنه فيء إذا أخذ ببلدنا، سواء أخذ بقرب دخوله أو بعد طول.

وفي كلام المُصَنِّف نظر من أوجه:

أولها: كونه أسقط من قول مالك: (ورد إلى مأمنه)، وهو في نص "الْمُدَوَّنَة[2]" كما ذكرنا، وقد ذكره اللَّخْمِيّ، وابن يونس على أنه من كلام مالك.

ثانيها: أن قوله: (فقال مالك) هذا مشكل يقتضي أن مالكًا قال ذلك فيما إذا وجد في أرض المسلمين أو بين الأرضين، وإنَّما نص مالك على من أخذ ببلد العدو، وألحق ابن القاسم به الذي ينزل بساحتنا تاجرًا قبل أن يعطى الأمان، صرَّح بذلك ابن يونس وغيره، وقال ابن محرز: سمعت من يقول: معنى قول مالك أنهم لقوه، وقد انفصل من بلده، ولم يدخل بلدنا، وأمَّا لو وجدوه في بلدهم أو بلدنا لم يقبل قوله، ولم يكن في ذلك إشكال، وعلى هذا فيكون قول ابن القاسم مخالفًا.

ثالثها: إن مفهوم كلام المُصَنِّف أنَّ الذمي إذا أخذ ببلد أنه لا يكون من محل الإشكال، وليس كذلك كما ذكرنا.

ابن يونس: وتحصيلها أنه إن أخذ ببلد الحرب وهو مقبل إلينا، وقال: جئت لأطلب الأمان، قيل: يقبل منه ويرد إلى مأمنه، وقيل: لا يقبل منه.

وإن أخذ ببلد الإسلام، فقال: جئت للإسلام، فقيل: إن أخذ بقرب دخوله قبل منه، ورد إلى مأمنه، وإن أخذ لبعد لم يقبل منه، وليس لمن وجده، ويرى فيه الإمام رأيه.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٨.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٨٩.

وقيل: ذلك سواءٌ، وهو فيء، ويرى الإمام رأيه، ولا خلاف فيمن أتى تاجرًا، فيقول: ظننتُ أنَّكم لا تعرضوا لمن أتى تاجرًا أنَّه يقبل منه، ويرد إلى مأمنه، ولا خلاف أيضًا أنَّه إذا لم يكن معهم تجارة، وتبين كذبهم، أو تكسرت مراكبهم، ومعهم السلاح، أو نزلوا للعطش بلا أمان أنَّهم فيء.

(ص): (**وعلى أنَّهم** حرب، **فلا يجوز القتل على الأشهر**)

(**ش**): في هذا الكلام نظر، لأنَّه كيف يحكم على أحد المحتملين المتساويين من غير ترجيح، وكأنَّ المُصَنِّف والله أعلم قصد اختصار كلام ابن بشير؛ لأنَّه قال: إن علم أنَّهم أهل حرب حكم فيهم بحكم أهل الحرب، وإن علم أنَّهم مستأمنون حكم فيهم بحكم المستأمنين، وإن شك، فالمذهب **على** قولين:

أحدهما: أن الأصل إراقة دمهم، فمع الشك يرجع إلى الأصل.

والثاني: لا يستبيحهم إلا مع تيقن الإباحة، وإذا شككنا فإراقة الدم لا يقدم عليها مع الشك، قال: وكل ما في المذهب من الروايات فإلى هذا التقسيم يرجع، لكن إذا قلنا: إنهم فيء، فهل يقتصر فيهم على الأسر، وما ذكر معه دون القتل، أو يجوز قتلهم؟ قولان:

أحدهما: الاقتصار على السر لعظم أمر الدم.

والثاني: جوازه نظرًا إلى الأصل في إراقة دمهم، انتهى.

وهذان القولان الأخيران في كلام ابن بشير هما القولان في كلام المُصَنِّف، لكن ابن بشير إنما ذكر الخلاف بعد أن ذكر أولا قولين، والمُصَنِّف لم يذكر في المسألة خلافًا ابتداءً؛ فلذلك صار كلامه مشكلا.

(ص): (**أمَّا إذا حصل الظَّنُّ بأحدهما عُمِل عليه على الأصحّ**)

(**ش**): كلامه يقتضي حصول الخلاف مع ظن الصدق، وظن الكذب، ولم أر ذلك، بلِ صرَّح اللَّخْمِيّ فيه بنفي الخلاف؛ لأنه قال: إن قام دليل على صدقه كان آمنًا ولم يسترق، وإن قام دليل على كذبه لم يقبل قوله، وكان رقيقًا، وإن لم يقم دليل على أحدهما، فهو موضع الخلاف، فإن قال: جئت رسولا ومعه مكاتبة، أو جئت لفداء ومعه من يفديه، أو لقريب لي وله قرابة بذلك البلد، كان دليلا على صدقه. وإن قال: جئت أطلب الأمان، وقد خرج إليهم عسكر المسلمين، فوجد على طريق جيش بلا سلاح كان أمره مشكلا، وإن لم يكن مقبلا إلينا، ولا على طريقهم لم يصدق.

ونحوه لابن يونس، قال: لا خلاف فيمن أتى تاجرًا، فيقول: ظننت أنكم لا تتعرضون لمن أتاكم تاجرًا، أنَّه يقبل قوله، أو يرد إلى مأمنه، ولا خلاف إن لم تكن معهم تجارة، وتبيَّن كذبهم أو انكسرت مراكبهم ومعهم السلاح، أو ينزلون للعطش بغير أمان أنهم فيء.

ويرى الإمام فيهم رأيه من بيع، أو قتل، أو فداء، وليسوا لمن وجدهم ولا يخمسون، انتهى.

وكذلك قال ابن راشد وابن عبد السلام: أنَّهما لم يقفا على مقابل الأصح، زاد ابن عبد السلام: وما وجدت أحدًا ممن تكلم على هذه المسألة ممن يعتبر قوله ذكر قولا بالقتل في محل الإشكال، وإذا انتفى القتل في محل الإشكال كان انتفاؤه مع أمارة صدق الرومي أولى، وكلام المُصَنِّف يدل على وجود الخلاف في ذلك، انتهى.

وقد قدمنا من كلام ابن بشير قولا بالقتل في محل الإشكال، وكذلك ذكر المازري فيه قولين، ثم قال: وهذا الخلاف إذا ادعى أنه طالب للأمان، وأما إن لم يعتذر بعذر؛ فظاهر المذهب أنه يستباح، وكذلك ظاهر المذهب تطرق التهمة إلى من حصل في بلادنا مغلوبًا كمن ردته الريح إلينا، بخلاف من لقيناه يمشي طائعًا إلينا.

التُّونُسِيّ: وإذا وجد في أسواق المسلمين ومدائنهم لم يقبل قوله؛ لأنه لو كان صادقًا لأخبر بذلك أول دخوله، ولو قال: فلان أعطاني الأمان، فأنكر فلان لم يقبل قوله على فلان، ورأى فيه الإمام رأيه.

وقال أَصْبَغ: إذا أنكر فلان، فالإمام مخيَّر إن شاء أمَّنَه أو ردَّه إلى مأمنه، ولم يعجب محمدًا ما قال أَصْبَغ، وقال: إن شاء رأى الإمام فيه رأيه.

(ص): **(وأمَّا من نَزَلَ بأَمَانٍ فباع ورجع فردَّته الرِّيح قبل وصوله، فهو على أمانه)**

(ش): يعني: وأما لو نزل حربي بتجارة بأمان فباع واشترى، ثم ذهب فردته الريح، فهو على أمانه، وظاهر "الْمُدَوَّنَة"[1]: أنهم على أمانهم سواء خرجوا من بلاد الإسلام أم لا، رمتهم الريح إلى بلد الإسلام، فالأمان لهم ما داموا في تجرهم حتى يُردوا بلادهم.

ولأَصْبَغ: لهم الأمان إلا أن يفارقوا بلاد الإسلام. وقال ابن المواز: لهم حتى ينالوا مأمنهم من بلدهم.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٩٠.

وقال ابن الماجشون: الأمان مقصور على بلد السلطان الذي أمنهم، واختلف الشيوخ في هذا الخلاف، فرأى المازري أن هذا الخلاف كله راجع إلى شيء واحد، وهو ما قصده المؤمن بالتأمين، هل قصده العموم أو لا؟ وعلى هذا فمتى تحقَّق قصد المؤمن العموم، فالاتفاق على ذلك، ولعل المُصَنِّف ممن سلك هذه الطريقة لعدم تعرضه للخلاف مع شهرته، وحمل ابن يونس ذلك على الخلاف، فإنَّه قال: تحصيل الخلاف في هذه المسألة؛ قيل: لهم الأمان حتى يصلوا إلى بلادهم، وقيل: حتى يقاربوا مأمنهم.

فإن رجعوا بعد بلوغهم إلى مأمنهم بريح غالبة أو مختارين، فقيل: الإمام مخيَّر إن شاء أنزلهم، وإن شاء ردَّهم، وقيل: بل هم حل، وقيل: إن رجعوا مغلوبين فالإمام مخيَّر إن شاء أنزلهم، وإن شاء ردهم، وإن كانوا مختارين فهم حل.

وإن هو وقع، إذا رجع لغير السلطان الذي أمَّنه، فقيل: هو مثل الذي أمَّنه سواء، وقيل: بل هو حل به، ولا أمان له، رجع إليه أو لقيه في البحر بقرب أو بعد من موضع خرج منه.

وأما إن لم يبلغ مأمنه فرجع إلى موضع كان آمنًا فيه، كان عليه إنزاله ولم يمنعه، انتهى.

ابن رشد: وإذا غنم العدو في بلد المسلمين شيئًا من أموال المسلمين، ثم غنمه المسلمون منهم قبل أن يصلوا به إلى بلادهم، فهل يقسم إذا لم يعرف صاحبه أم لا؟ وهل يأخذه صاحبه إن قسم بثمن أم لا؟ وأنه كان يختلف عندهم في ذلك، وهذه المسألة أصل لذلك.

(ص): **(ويجوز قتل العين وإن كان مستأمنًا)**

(ش): العين: هو الجاسوس، فيقتل ولو قدم بأمان، وهو مراده بقوله: (مُستأمنًا) سحنون: إلا أن يسلم فلا يقتل ويكون كأسير أسلم.

فَرْعٌ:وكذلك الذمي يكون عندنا فيتبين أنه عين فلا عهد له، سحنون: ويقتل.

اللَّخْمِيّ: يريد إلا أن يرى الإمام استرقاقه.

واختلف في المسلم يظهر أنه عين على خمسة أقوال:

قال مالك في "العُتْبِيَّة": ما سمعت فيه شيئًا، ويتخيَّر فيه الإمام.

وقال ابن وهب: يقتل إلا أن يتوب.

وقال ابن القاسم: لا يعرف لهذا توبة، وقاله سحنون.

وقال عبد الملك: إن كان معتادًا لذلك قُتِل، وإن ظُنَّ به الجهل، وعُرف بالغفلة وأن مثله لا عورة عنده، وكان منه المرة، وليس من أهل الطعن على الإسلام، فلينكَّل.

سحنون: وقال بعض أصحابنا: يُجلد جلدًا منكِّلا، ويطال حبسه وينفي من موضع يقرب فيه من المشركين.

(ص): (**وإذا دخل بلاد الحرب ولم تُرْجَ قطع المقدور عليه وحُرِّق وخُرِّب**)

(**ش**): يعني: إذا دخل المسلمون بلاد الحرب، ولم ترج أن تصير للمسلمين، جاز قطع أشجارهم وتحريقها، وتخريب بنائهم؛ لأنَّ ذلك من التضييق عليهم، وفيه إضعاف لأمرهم، وليس ذلك أكثر من إباحة قتلهم.

سحنون: وأصل نهي الصديق رضي الله عنه عن قطع الشجر وخراب العامر؛ إنَّما يكون ذلك فيما يرجى مصيره للمسلمين.

(ص): (**وفي النَّحل خاصَّة قولان**)

(**ش**): النَّحل بالحاء المهملة، وهذا كالاستثناء من قوله: (حرق وخرب) يعني: أن هذا إنما هو في غير النحل.

واختلف في إتلاف النحل على قولين، حكى الباجي روايتين، فقال: روى ابن حبيب عنه: جواز ذلك فيه.

وروى غيره: أنه كرهه، قال: وهذا إذا لم تدع إليه حاجة، وأما إن احتيج إلى ذلك، لم يمكن إلا بتحريقها أو تغريقها فعل من ذلك ما يُتوَصَّل به إلى ما في أجباحها، وكذلك قال التُّونُسِيّ.

وقاس من قال بالجواز ذلك على سائر أموالهم، ومن منع تمسك بنهي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والصديق عن ذلك كما تقدَّم، وأشار المازري إلى أن محل الخلاف إنما هو إذا كانت كثيرة؛ بحيث يكون لهم في ذلك نكاية، وأما إن كانت يسيرة بحيث لا نكاية للعدو في إتلافها، فإنها تترك.

(ص): (**فإن رُجِيَت جاز إن كان إنكاءً**)

(**ش**): هذا قسيم قوله أولا: (ولم ترج) وحاصله: أنه لا يجوز مع الرجاء إلا بشرط حصول النِّكاية لهم بذلك.

(ص): (**وما عُجز عن حمله أُتلف مما لهم أو للمسلمين، فإن كانوا من آكلي الميتة**

حُرِق الحيوان بعد قَتْله)

(ش): يعني: أن للمسلمين إذا قدروا على مال الكفار، وعجزوا عن حمله أو عن حمل بعض متاعهم، فإنهم يتلفونه؛ لئلا ينتفع العدو به، وسواء الحيوان وغيره على المشهور المعروف.

وروى ابن وهب أنه لا يتلف الحيوان لغير مأكلة؛ لعموم نهي الصديق، وهذا في غير مراكبهم، وأما مراكبهم فلا خلاف في جواز قتلها، وإتلافها بكل ما يجوز به قتل راكبيها.

قال المازري: وعلى المشهور فبماذا يتلف الحيوان؟ قال المصريون من أصحاب مالك: تعرقب، وتذبح، ويجهز عليها.

وقال المدنيون: يجهز عليها، وكرهوا أن تعرقب، وتذبح.

قال ابن حبيب: لأن الذبح مثله، والتعرقب تعذيب.

المازري: واختار بعض أصحابنا الذَّبح؛ لأنَّه أروح للحيوان، واستشكل الباجي وغيره قول ابن حبيب: الذبح مثله؛ لأنَّه مباح فيما نهي عن التمثيل به، وإنما كُره والله أعلم لأنه قد يكون فيها مثل الخيل ونحوها، فيكون وسيلة إلى أكلها وتشكيكًا للعوام في إباحة الأكل، ونزَّل ابن بشير قول المصريين والمدنيين على أنه خلاف في حال، فإن أمكن أن يحتاج إليه المسلمون لم يتلف عليهم بالإجهاز، وإن لم يحتاجوا إليه أُتلف.

قوله: (فإن كانوا من آكلي الميتة حُرِّق الحيوان بعد قتله) كذا قال جماعة؛الباجي، وابن بشير وغيرهما، وهو ظاهر، وإن كان ابن القاسم، قال: ما سمعت في الدواب أنَّها تحرق بعد عرقبتها.

فَرْعٌ:وإذا عجزنا عن حمل النساء والصبيان والشيوخ، فإن كنا تركناهم في بلاد الحرب، ثم جاء غيرنا فأخذهم فإنهم لمن أخذهم؛ لأنَّه لم يملكهم ملكًا تامًّا، وأمَّا إن تركناهم في حوز الإسلام فذلك كالإعتاق، ولا سبيل لأحد عليهم، نقله ابن حبيب عمَّن يرضاه، واعترض ابن يونس قوله في الوجه الأول، وأشار إلى أنَّه ينبغي أن يكونوا أحرارًا كما في الوجه الثاني، وقال: كيف لم يملكهم ملكًا تامًّا، وهو له أن يطأ ويبيع، ولو أعتق لم يكن له فيه رجوع، وقد قال محمد عن أشهب: فيمن اشترى شيئًا من السبي فعجز عن بعضه فتركه، فدخلت خيل أخرى فأخذته، فهو لصاحبه الأول، وقول

محمد صواب ما لم يكن رقيقًا أعتقهم، فتركهم على العتق.

(ص): **(ويجوز لأمير الجيش إعطاء الأمان مطلقًا ومقيَّدًا قبل الفتح وبعده، ويجب عليه اعتبار المصلحة)**

(ش): لأن الأمير قد يرى المصلحة للمسلمين في تأمين العدو أو بعضهم إما مطلقًا، أو مقيدًا بزمان أو مكان أو صفة.

ابن بشير: ولا خلاف بين الأمة في ذلك، وإذا جاز هذا لأمير الجيش فلأن يجوز لأمير المسلمين أولى، ووجب عليه اعتبار المصلحة؛ لأنه وكيل على المسلمين، والوكيل إنما يتصرف على هذا الوجه، ولا يجوز له اتِّباع هواه، فإن قلت: ينبغي أن يحمل قوله: (مُطلقًا) على ما عدا هذه الأمكنة؛ لأن المذهب اختلف في المستأمن بأمان سلطان إذا خرج إلى سلطان آخر، هل يستبيحه هذا السلطان أم لا؟ قيل: إن بنينا على ما قاله المازري وغيره: من أنه لا خلاف في المسألة، كان ما ذكره المُصَنِّف من الإطلاق متَّفقًا عليه.

وإن بنينا على ما قاله ابن يونس: أن المشهور تعميم الأمان، خلافًا لابن الماجشون في قصره ذلك على بلد السلطان، يكون كلام المُصَنِّف جاريًا على المشهور، والله أعلم.

فَرْعٌ:ليس لأحد الناس أن يعقد الأمان لأهل إقليم، وإن وقع فالإمام مخيَّر في إمضائه، وإنَّما ذلك للسُّلطان، هكذا قال غير واحد.

(ص): **(وكذلك كل ذكر حرٍّ مُسلم عاقل بالغ، أو مُجاز أجازه الإمام قبل الفتح، وقيل: إن كان صوابًا)**

(ش): تقدَّم أن الإقليم لا يعطي أهله الأمان إلا الأمير، فكلام المُصَنِّف ليس على إطلاقه، وكلامه مشتمل على خمسة شروط؛ لأن قوله: (حُرٌّ) يفهم منه الذكورية.

وقوله: (وكذلك) أي: يجوز تأمينه وليس للإمام رده، وهو قول مالك وابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: الإمام مخيَّر بين أن يمضيه أو يردَّه، وإلى حمل قول ابن الماجشون على الخلاف ذهب عبد الوهاب والباجي وغيرهما، وهو ظاهر كلام المُصَنِّف.

الباجي: ودليل قول مالك قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "يسعى بذمة المسلمين أدناهم"[(١)].

وقال ابن يونس: وأصحابنا يحملون قوله على أنه ليس بخلافٍ، خلاف ما تأوله عبد الوهاب، انتهى.

وبعض من حمل كلام ابن الماجشون على الخلاف رأى أن ابن القاسم وابن الماجشون لم يختلفا في أن الإمام مخيَّر، وإنما اختلفا في صفة التخيير، فابن القاسم يقول: هو مُخيَّر بين أن يجيز أو يرده إلى مأمنه، وغيره يقول: هو مُخيَّر بين أن يجيز أو يرده فيئًا.

تنبيه:

نص ابن حبيب على أنه لا ينبغي التأمين لغير الإمام ابتداءً، وهو خلاف ظاهر كلام المُصَنِّف؛ لأن قوله: (وكذلك) يقتضي جواز ذلك ابتداءً؛ إذ لا خلاف في جوازه للإمام ابتداءً.

وظاهر "الْمُدَوَّنَة[(٢)]" ككلام المُصَنِّف، ففيها: ويجوز أمان المرأة والعبد والصبي إن عقل الأمان، ويحتمل: يجوز إن وقع، وكذلك اختلف في كلام ابن حبيب هل هو موافق " للمدونة " أو مخالف.

وقوله: (قَبْلَ الفتح) يريد ما لم يتعلَّق للمسلمين حق؛ فقد نص سحنون على أنه إذا أشرف المسلمون على أخذ الحصن وتيقن أخذه، فأمنهم رجل من المسلمين أنَّ للإمام رد تأمينه.

(ص): (وفي أمنِهم بعد الفتح قولان)

(ش): ظاهر كلام المُصَنِّف أنَّ الخلاف عام في حق من أمَّنه، وفي حق غيره، وأنَّه عام في القتل والاسترقاق وليس كذلك، بل يجوز لمن أمَّنه قتله اتفاقًا، والخلاف إنَّما هو في القتل لا في الاسترقاق، لأنه صار مملوكًا.

والقول بسقوط القتل لابن القاسم، وابن المواز؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "يَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ"[(٣)].

---

(١) أخرجه ابن ماجه، برقم (٢٦٨٥) ومسند أحمد، برقم (٦٩٧٣) كلاهما بسند حسن.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٦٩٠.

(٣) أخرجه أبو داود، برقم (٢٧٥١) والنسائي في الصغرى، برقم (٤٧٣٤).

قال سحنون: لا يحل لمن أمَّنه قتله، وأما الإمام فإن شاء قَتْلَه فعل، وإن شاء أمضى أمانه وكان فيئًا.

وقوله: (وفي أَمْنِهم) يحتمل أن يكون من إضافة المصدر إلى الفاعل؛ أي: وفي أمن المسلمين للعدو.

ويحتمل أن يكون مضافًا للمفعول؛ أي: وفي أمن المسلمين للعدو. ويحتمل أن يكون مضافًا للمفعول؛ أي: وفي أمن الكفار.

والمعنى سواء، والظاهر أن تقديره: وفي إمضاء أمنهم؛ لأنَّ ابن القاسم وغيره إنما تكلَّموا على ذلك بعد الوقوع، وكذلك نقل ابن بشير، ولفظه: وأمَّا إذا وقع الفتح، فإن أمَّنه الأمير صحَّ تأمينه، وإن أمَّنه غيره، فهل يصح تأمينه، فيكون مانعًا من القتل؟ قولان.

(ص): **(وفي ثُبُوته منهم بغير بيِّنةٍ قولان)**

(ش): قال بعضهم: هذا الخلاف مبني على قول سحنون القائل بعدم إجازة التأمين بعد الفتح، فإذا ادَّعى أنه أمَّنه قبل الفتح، فهل يقبل - لأن الأصل الصدق، وهذا قول ابن القاسم وأَصْبَغ - أم لا؟ ولا بد في ذلك من شاهدين، وهو قول سحنون. وهذا ظاهر؛ لأنَّ من يجيز التأمين بعد الفتح لا يحسن بناء هذا الخلاف عليه؛ إذ لا يُتَّهم حينئذٍ؛ لأنَّه إن صدقه الإمام في ذلك مضى، وإن لم يصدقه استأنف له الإمام حينئذٍ.

وقال ابن عبد السلام: عندي أنَّ هذين القولين يأتيان على قول ابن القاسم أيضًا.

قال ابن القاسم في ذلك: وهذا الخلاف فيما عدا الإمام، وأمَّا الإمام؛ فيقبل منه بغير تفصيل.

(ص): **(وأمان المرأة والعبد والصَّبيّ إن عَقَلَ الأمان مُعْتَبَر على الأشهر)**

(ش): الأشهر مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، وروى أبو الفرج عن مالك: لا أمان للثلاثة؛ وقال سحنون وابن حبيب: إمَّا أن يوفى له بذلك، أو يرد إلى مأمنه، وأمَّا القتل فلا.

ابن عبد السلام: وانظر فيما حكاه أبو الفرج، هل له أن يقتل من أمنوه إذا لم يجزه؟ وعن سحنون في العبد إذا أذن له سيده في القتل صَحَّ أمانه، وإلا فلا. وقيل: إن قاتل العبد صَحَّ أمانه، وإلا فلا.

الباجي: ولا خلاف في اعتبار العقل في لزوم الأمان وصحته.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٩٠.

ومعنى قوله: (عَقَلَ الأمَان) أي: علم ثمرته، وأنَّه يؤجر على الوفاء به، وأن نقضه مذموم. وتجاذب المشهور، ومقابله قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "قَدْ أَجَرْنَا مَنْ أَجَرْتِ يَا أُمَّ هَانِئٍ"(١).

بناءً على أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيَّن أنه جائز؛ وإنما أجاز بإجازة النَّبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ له، وقد يقال: عدم إمضاء أمانها أظهر، فإنَّه لو كان صحيحًا لما جهل ذلك علي رضي الله تعالى عنه، فإنَّه أراد قتل من أجارته أم هانئ.

وتمسَّكوا للمشهور في العبد بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "يَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ"، وقال: من لم يعتبر تأمينه إن أول الحديث، وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ"(٢) يخرجه.

(ص): (**بخلاف الذِّمِّي على الأشهر**)

(ش): أي: فلا يعتبر أمانه على الأشهر، ومقابل الأشهر ذكره جماعة.

ففي المازري، و"التنبيهات": مشهور المذهب لا يجوز أمان المشرك.

وقال الباجي: الظَّاهر من المذهب اعتبار الإسلام. والشاذ لا يرى أمانه لازمًا مطلقًا، بل يجعل الإمام فيه مُخيَّرًا، قاله المازري وابن عبد السلام وغيرهما.

اللَّخْمِيّ: واختلف بعد القول أن الأمان لهم إن قالوا: ظننا أن الذي أعطانا الأمان مسلم، فقال ابن القاسم مرة: لا يقبل عذرهم، وقال مرة: ذلك لهم، ويردون إلى مأمنهم.

وأرى إذا كان عالمًا أنه نصراني، وقال: ظننت أن جواره جائز أن يرد إلى مأمنه؛ لأنَّ ذلك مشكل، ولم يأت بما لا يشبه فلا يستباح بالشك، وإن قال: علمت أن جوار النصراني غير لازم، ولم أعلم أنه نصراني لم يصدق؛ لأنَّهم أهل دين واحد.

(ص): (**ولو ظنَّ الحربيُّ الأمان فجاء، أو نهى الإمام النَّاس فعَصوا أو نَسوا أو جَهِلوا، أُمضيَ أو رُدَّ إلى مأمنه**)

(ش): يعني: أن الحربي إذا توهَّم الأمان، أو نهى الإمام النَّاس عن التأمين، فأمَّنوا نسيانًا أو عصيانًا أو جهلا، فأتى إلينا الحربيّ معتمدًا على ذلك، فلا يجوز قتله ولا استرقاقه، بل يُخيَّر الإمام في إمضائه أو يرد.

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٣١٧١) ومسلم، برقم (٧٢١).

(٢) مضى تخريجه.

ابن راشد: وقوله: (إلى مأمَنِهِ) صوابه أن يقول: رد إلى حيث كان قبل التأمين؛ إذ قد يكون بموضع هو فيه خائف، فلا يصح أن يرد إلى حيث يأمن، بل إلى حيث كان قبل التأمين، وهذا هو المنقول.

فَرْعٌ:

الباجي: والتأمين لازم بكل لسان، فهمه المؤمِّن أم لا، إن أراد المؤمِّن التأمين، وحكم الإشارة حكم العبارة.

وفروع هذا الباب كثيرة اقتصرنا منها على ما ذكره المُصَنِّف، وإن أحببت الوقوف عليها ففي "النوادر".

كتاب الجزية

(ص): (ويجوز أخذ الجزية من أهل الكتاب إِجْمَاعًا، وفي غيرهم مشهورها تُؤخذ، وثالثها: تُؤخذ إلا من مَجُوس العَرَب، ورابعها: إلا من قريش)

(ش): ينبغي أن يفهم الجواز على معنى الإذن في الإقدام، لا بمعنى الإباحة، فإن الكتابي إذا بذل الجزية بشرطها حرم قتاله، والكفار ثلاثة أصناف:

الأول: أهل الكتاب، وحكمهم: أن الجزية تُقْبَل منهم بالإجماع، نقل ذلك غير واحد.

والثاني: الحبشة والترك، وحكمهم: أنَّهم يدعون إلى الإسلام، فإن أبوا فالمشهور جواز قتالهم، فقد أباح مالك في "الْمُدَوَّنَة[1]" قتال الفزازنة، وهم صنف من الحبشة، وأباح ابن القاسم غزو الترك.

وحكى ابن شعبان عن مالك: لا تغزى الحبشة والترك.

ابن القاسم: وأخبرني من أثق به من أهل المدينة عن حرملة بن سعيد أنَّ النَّبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: "اتْرُكُوا الْحَبَشَةَ مَا تَرَكُوكُمْ"[2]. ونحوه ذكره ابن شعبان في الحبشة والترك.

ومنشأ الخلاف أنَّ من صحَّت عنده هذه الآثار خصص بها العمومات الدالة على قتال جميع الكفار، ومن لم تصح عنده أو حمل النهي عن قتالهم على الإرشاد - أي: أن قتال غيرهم في ذلك الزمان أولى -، رأى أن قتالهم في هذا الزمان مباح.

والصِّنف الثالث: ما عدا ما ذكر من أهل الكفر، وحكى المُصَنِّف أربعة أقوال:

المشهور: أنَّها تؤخذ من كل كافر يصح سباه، ولا يخرج من ذلك إلا المرتد. والقول بعدم الأخذ مطلقًا لابن الماجشون، ولا يفهم على عمومه كما هو ظاهر كلام المُصَنِّف وابن بشير، فإنه لم يختلف في القبول من مجوس العجم، قاله صاحب "المقدمات" والباجي وغيرهما؛ لما في "الموطأ " عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: "سُنُّوا

(١) المدونة الكبرى ١ / ٦٩١.

(٢) أخرجه أبو داود، برقم (٤٣٠٩) وأحمد في مسنده، برقم (٢٢٦٤٣).

بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ"(١).

والثالث لابن وهب، نقله اللَّخْمِيّ وغيره.

والقول الرابع: لابن الجهم، وذكر الباجي أنَّ ابن القصَّار نقل هذا القول عن مالك، وظاهر كلام المُصَنِّف: أن المذهب خلاف قول ابن الجهم، وأنَّ المذهب أربعة أقوال، وأن المشهور على إطلاقه، وعلى هذا الظاهر مشاه ابن راشد وابن عبد السلام.

وذكر المازري أن ظاهر المذهب كما شهره المُصَنِّف، قال: وحكى المصنفون لمسائل الخلاف من أصحابنا وغيرهم أنَّ مذهب مالك أنَّها تقبل إلا من كفار قريش، ونقل صاحب " المقدِّمات " الإجماع على أن كفَّار قريش لا تؤخذ منهم الجزية، وذكر أن ابن الجهم نقل الإجماع أيضًا، وكذلك مقتضى كلام المُصَنِّف أن المشهور أخذها من عبدة الأوثان.

وذكر ابن عطية في "تفسيره " أنَّ المنصوص في الوثني من العرب عدم أخذها منهم، وأنهم يقاتلون إلا أن يسلموا. قال: ويؤخذ مما في الخلاف أنها تؤخذ منهم احتمالا لا نصًا.

خليل: وفيه نظر، فإنَّه نص في "الجلاب " على أنها تؤخذ من الوثني، وكذلك صاحب " الكافي "وابن بشير وغيرهم؛ واختلف في تعليل عدم أخذها من كفار قريش، فعلله ابن الجهم بأنَّها لم تؤخذ منهم إكرامًا لهم لمكانهم من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهي تؤخذ على وجه الصِّغار والذِّلة، وعلَّله القزويني بأن قريشًا أسلموا كلهم، فإن وجد منهم كافر، فهو مرتد، فلا تؤخذ منه.

المازري: وإن ثبتت الرِّدَّة، فلا يختلف في عدم أخذها منهم، وحكى الباجي والمازري، عن ابن وهب أنَّه منع قبولها من العرب مطلقًا، فإن صَحَّ أنَّه اختلف قوله في ذلك، صار في المسألة خمسة أقوال، ومنشأ الخلاف النظر إلى قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَلا بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللهُ وَرَسُولُهُ وَلا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [التوبة: ٢٩]، هل هو كالشرط، فلا تقبل من غيرهم، أو لا فتقبل؟

فَائِدَةٌ:يؤخذ من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ"(٢).

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (٦١٧) من حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه.

(٢) مضى تخريجه.

أن المجوس ليسوا أهل كتاب.

ابن بشير: ولا خلاف أنَّهم الآن ليس لهم كتاب، واختلف هل كان لهم كتاب فرفع أم لا؟

(ص): **(وتلزم بالنُّقْلَة إلى موضع لا يُمتَنَعُ فيه عنها)**

(ش): يعني: أن من تمام كون الذمي من أهل الجزية أن يكون حيث تناله أحكامنا، ولا يمكن حيث أن ينقض العهد، فإن أبوا من الانتقال قوتلوا، ولم يتركوا.

(ص): **(ولا تؤخذ إلا من ذكر حر عاقل بالغ مخالط، ولا تؤخذ من امرأة، ولا عبد، ولا مجنون، ولا صغير، ولا راهب، وفيمن تَرَهَّبَ بعد عقدها قولان)**

(ش): حاصله: أنها لا تؤخذ ممن اجتمعت فيه خمسة شروط، وتصوُّر كلامه ظاهر.

وقوله: (راهب) أي: راهب الصوامع والديارات.

وأما راهب الكنيسة؛ فتؤخذ منه؛ لأنَّه يقتل، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَلا بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللهُ وَرَسُولُهُ وَلا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩]، والضمير عائد على المقاتلين، وهؤلاء الخمسة لا يقاتلون.

أبو حنيفة: وتؤخذ منهم الجزية أول الحول حين العقد، وقال الشافعي: بل في آخره.

الباجي: ولم أر في ذلك نصًّا لأصحابنا، والذي ظهر لي من مقاصدهم أنها تؤخذ آخره، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى؛ لأنَّها حق يتعلَّق وجوبه بالحول، فوجب أن تؤخذ في آخر كالزكاة.

قال صاحب " المقدمات": ونقل عن بعض الأصحاب أنَّه قصرها على جزية العنوة، ورأى أنَّ الصحيح في الصلح أن تؤخذ معجلة؛ لأنَّها عوض عن تأمينهم، وحقن دمائهم، وردَّه عليه ورأى أنه لا فرق في ذلك.

وقوله: (وفيمن تَرَهَّب بعد عقدها قولان) القول الأول بعدم زوالها بالترهيب نقله اللَّخْمِيّ عن مطرف وابن الماجشون.

والقول بالسقوط نسبه في "البَيَان " لابن القاسم، ووجهه أنَّ الحكم في الأصل دائر مع الرهبانية وجودًا وعدمًا.

فَرْعٌ:

يجوز أخذ الجزية في جميع البلاد إلا في جزيرة العرب؛ لما ثبت عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنَّه قال: "لا يَبْقَيَنَّ دِينَانِ في جزيرة الْعَرَبِ"[١]. وهي مكة، والمدينة، واليمن.

وفي رواية عيسى بن دينار: وروى ابن حبيب من أقصى عدن، وما والاها من أرض اليمن كلها إلى ريف العراق في الطول.

وأما العرض: فمن جدة وما ولاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام ومصر في المغرب.

وفي المشرق: ما بين يثرب إلى منقطع السَّماوة، ولا يمنعون من الاجتياز بها.

واختلف في العبيد، فقال عيسى: يخرجون كالأحرار، قيل له: فما بال أبي لؤلؤة؟ فقال: قد أراد عمر إخراجه مع من أخرج حتى طلبه غيره بأن يقره لعلمه.

وقال ابن مزين: لا يخرج العبيد، قال: وإنَّما كره عمر رضي الله عنه أبا لؤلؤة ونحوه لغوائلهم.

(ص): (ولا من حُرٍّ أعتقه مُسلِم، بخلاف من أعتقه ذِمِّيٌّ)

(ش): حاصله: أن المعتق يعطى حكم من أعتقه، وهذا قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[٢]"، وأسقطها أشهب عن معتق الكافر أيضًا تبعًا لحالته الأولى، فإنه كان ليس من أهل الجزية، وتوقف مالك في "الْمَوَّازِيَّة " في معتق الكافر.

وقال ابن حبيب في النَّصرانيّ يعتقه مسلم: قد اختلف فيه، وأحبُّ إليَّ أن تؤخذ منهم الجزية صغارًا لهم، وعلى هذا فيتحصَّل في المسألة ثلاثة أقوال: ثالثها المشهور إن كان المعتق مسلمًا، فلا شيء عليه، وإن كان كافرًا، فعليه تبعًا لسيده.

ابن عبد السلام: وقد يقال في هذه التَّبَعِيَّة نظر؛ فإن غاية أمر الولاء أن يكون كالنسب، والانتساب للمسلم غير مانع من أخذها.

قال في "المقدمات " بعد أن ذكر الثلاثة الأقوال: وهذا الاختلاف إنَّما هو إذا أعتق في بلاد الإسلام، وأمَّا إن أعتق في دار الحرب؛ فعليه الجزية على كل حال.

(ص): (وفي أخذها من الفقير قولان)

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٦٥٠) مرسلا.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٤٩٦.

(ش): ابن عبد السلام: المشهور من القولين السُّقوط، لكن بتدريج، فتؤخذ من الفقير الذي يجد من أين يؤديها، ولا كبير إجحاف عليه، وتسقط عمن لا يقدر عليها، ولا على شيء منها، ولا يطلب بها بعد غناه، وتخفف عمن حاله بين هذين على حسب نظر الإمام.

وفي "الكافي": وتؤخذ من فقرائهم بقدر ما يحتملون، ولو درهم وإلى هذا رجع مالك، ومن بلغ منهم أخذت منه الجزية عند بلوغه، ولا ينتظر به الحول.

وقال ابن حبيب في "الواضحة": لا تؤخذ الجزية من الفقير.

اللَّخْمِيّ: وهو أحسن، وفي "المقدمات": ولا تنقص عن الفقير لفقره إذا كانت له قوة على احتمالها، واختلف إن ضعف عن حمل جملتها؛ فقيل: إنها توضع عنه، وهو الظاهر من قول ابن القاسم، وقيل: قد يحمل منها بقدر احتماله.

قال القاضي أبو الحسن: ولا حد لذلك، وقد قيل: إن حد أقل الجزية دينار أو عشرة دراهم.

(ص): (**وهي أربعةُ دنانير وأربعون دِرْهَمًا من أهل الورق**)

(ش): لا يزاد على ذلك، وإن كثر يسرهم على المشهور.

ونقل في "الكافي "قولا أنَّه يزاد على من قوي على ذلك.

مالك في "الْمَوَّازِيَّة": ويوضع عن أهل الجزية ما كان قدره عمر رضي الله تعالى عنه عليهم من ضيافة ثلاثة أيَّام وأرزاق المسلمين؛ لما أُحدِث عليهم من الجور. وقال في "المقدمات": معنى ذلك أنه لا يسوغ لأحد ممن مر بهم أن يأخذ ضيافتهم إذا علم أنه لم يوف لهم بالعهد.

الباجي: وقول مالك يدل على أن ذلك لازم مع الوفاء بما عوهدوا عليه.

تنبيه:

وهذا كله إنما هو في الجزية العَنْوية؛ وأما الصلحيَّة؛ فلا حد لها إلا بحسب ما تقرَّر عليهم من قليل أو كثير، قاله ابن حبيب وغيره.

قال في "المقدمات": وفيه نظر، والصحيح أنه لا حد لأكثرها، وأقلها ما فرض عمر، انتهى.

فيكون في أقلها أربعة دنانير أو أربعون درهمًا، ثُمَّ ذكر أنَّها إذا وقعت مبهمة حملت على الجزية العنوية.

(ص): **(وفي التَّخفيف عمن دون المَلِيء قولان)**

(ش): القول بالتخفيف لمالك وأَصْبَغ، ومقابله لابن القاسم.

(ص): **(ومن أسلم سقط ما عليه منها ولو سنون، كما يسقط المال الذي هُودِن عليه أهلُ الحُصُون إذا أَسْلَموا)**

(ش): تصوُّر كلامه ظاهر؛ ونبَّه على خلاف الشافعي، فإنَّه قال بعدم السقوط بالإسلام؛ ووجه مذهبنا: أن الله قرن أخذها بالذِّلَّة والصِّغار، وذلك غير ممكن بعد الإسلام.

مالك: وبلغني أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عماله أن يضعوا الجزية عمن أسلم من أهل الجزية حين يسلمون.

مالك: وهي السنة التي لا اختلاف فيها؛ ولما في ذلك من التأليف على الإسلام، وقوله: (هُوْدِن) أي: صولح.

(ص): **(ويسقط عن أهل الصُّلح بالإسلام الجِزْيَة عنه وعن أَرْضِهِ وداره)**

(ش): أهل الصلح: قوم من الكفار حموا بلادهم حتى صولحوا على شيء يعطونه من أموالهم، فما صولحوا على بقائه بأيديهم فهو مال صلح أرضًا كان أو غيرها، وما صولحوا به أو أعطوه عن إقرارهم في بلادهم أو تأمينهم أرضًا كان أو غيرها، فإنه ليس بمال صلح، قاله الباجي.

وروى ابن حبيب أنَّ الجزية الصلحية جزيتان:

أولاهما: أن تكون عن الجماجم.

والثانية: أن تكون على جملتهم، فإن كانت على الجماجم، فهذه الجزية تزيد بزيادتهم وتنقص بنقصانهم، ويبرأ من أداها، وإن لم يؤد غيره شيئًا، وإن كانت عن جملتهم، فلا يزاد على ذلك بزيادتهم ولا ينقص منها لنقصانهم، ولا يبرأ أحد منهم إلا بأداء الجميع؛ لأنَّهم حملاء؛ وجعل صاحب " المقدمات " الجزية الصلحيَّة ثلاثة أوجه:

الأوَّل: أن تكون الجزية مجملة عليهم.

والثَّاني: أن تكون مفرقة على رقابهم دون الأرض.

والثالث: أن تكون مفرقة على رقابهم وأرضهم، أو على أرضهم دون رقابهم، مثل أن يقول: على كل رأس كذا وكذا، وعلى كل زيتونة كذا وكذا.

قال: ولكل وجه من هذه الوجوه أحكام تخصُّه، فأما إذا كانت الجزية مجملة عليهم: فذهب ابن حبيب إلى أن الأرض موقوفة للجزية لا تباع، ولا تقسم، ولا تورث، ولا تكون لهم إن أسلموا عليها، وأن مال من مات منهم لورثته من أهل دينه، إلا أن لا يكون له ورثة من أهل دينه فيكون للمسلمين.

وذهب ابن القاسم إلى أن أرضهم بمنزلة مالهم يبيعونها، ويورثونها، ويقتسمونها، وتكون لهم إن أسلموا عليها، وإن مات منهم ميت ولا وارث له، فأرضه وماله لأهل مَوادِه، ولا يمنعون من الوصايا، وإن أحاطت بأموالهم إذ لا ينقضون من الجزية شيئًا بموت من مات منهم.

خليل: يريد بهذا الوجه: أن الصلح وقع مجملا على البلد بما حوت من أرض، ورقاب من غير تفصيل بما يخص كل واحد، وأما لو وقعت مجملة على الرقاب دون البلد، فنص ابن حبيب على أن لهم بيع الأرض، وأنها تورث عنهم كما لو كانت مفصلة على الجماجم. نقله ابن يونس عنه.

وعلى هذا فتصير أربعة أوجه؛ قال: وأما إن كانت الجزية مفرقة على رقابهم، فلا اختلاف أن لهم أرضهم ومالهم يبيعون، ويورثون، وتكون لهم إن أسلموا عليها، ومن مات منهم ولا وارث له من أهل دينه، فأرضه وماله للمسلمين، ولا تجوز وصيته إلا في ثلث ماله.

وأما إن كانت الجزية مفرقة على الجماجم والأرض، أو على الأرض دون الجماجم، فاختلفوا في جواز بيع الأرض على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البيع لا يجوز، وهي رواية ابن نافع عن مالك.

والثاني: أن البيع جائز، ويكون الخراج على البائع، وهو مذهب ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[1]" وغيرها.

والثالث: أن البيع جائز، ويكون الخراج على المبتاع ما لم يسلم البائع، وهو مذهب أشهب، وقوله في "الْمُدَوَّنَة[2]"، ولا اختلاف أنها تكون لهم إن أسلموا عليها، وأنهم يرثونها بمنزلة سائر أموالهم وقرابتهم من أهل دينهم، أو المسلمون إن لم تكن لهم قرابة من أهل دينهم.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٤٩٧.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٤٩٧.

(ص): **(وتَسْقُطُ عن أهل العنوة الجزية فقط؛ لأنَّ ما بيده من أرض العنوة للمسلمين)**

(ش): أما سقوط الجزية، فواضح لما ذكرنا؛ وأما الأرض فإنها للمسلمين؛ لأنها لم تقر بيده إلا ليعمل فيها، ويكون ذلك إعانة له على أداء الجزية.

الباجي: والعنوة: الغلبة.

(ص): **(وأمَّا غيرُها ممَّا تُرك بيده فالمشهور له)**

(ش): يعني: غير الأرض من الرقيق والحيوان والعروض، وما ذكره المُصَنِّف هنا ينبني على فرع آخر، وذلك إذا اختلف في أهل العنوة إذا أقرَّت بأيديهم الأرض؛ فقيل: هم عبيد للمسلمين، وعليه فلا يكونون أحرارًا بإسلامهم، ولا يملكون بإسلامهم مما بأيديهم شيئًا؛ وقيل: هم أحرار، فعلى هذا يأتي المشهور الذي ذكره المُصَنِّف: أنهم إذا أسلموا تكون لهم أموالهم، لكن لم أر من خرج بمشهوريته، وإنما حكاه الباجي وغيره عن ابن حبيب. والشاذ في كلام المُصَنِّف هو مذهب ابن القاسم.

واعلم أن هذين القولين مطلقان فيما كان بأيديهم يوم الفتح، وفيما اكتسبوه بعد ذلك.

ولابن المواز ثالث: أنهم يملكون ما اكتسبوه بعد الفتح لا ما كان موجودًا يوم الفتح.

ابن رشد: وهو استحسان على غير قياس.

ويشهد لتشهير المُصَنِّف ما قاله صاحب "البَيَان" وابن زرقون: أن ظاهر "الْمُدَوَّنَة[1]" في (باب الهبة) لا يمنع أهل العنوة من الهبة والصدقة، إذ لم يفرق بين أهل العنوة والصلح، خلافًا لابن حبيب الذي منعهم من الهبة والصدقة، وجعلهم كالعبد المأذون له في التجارة.

الباجي: ويكون على قول ابن المواز أن لهم هبة ما اكتسبوه بعد الفتح فقط.

(ص): **(والموت كذلك)**

(ش): أي: حكم موته حكم إسلامه فيما ذكر في أرض الصلح والعنوة وغيرها.

فَرْعٌ:وكيف نعلم ورثتهم ونحن لا نعلم مواريثهم. وروى يحيى عن ابن القاسم:

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٤٩٩.

أن ذلك راجع إلى أهل دينهم وأساقفتهم، فمن قالوا: يرثه من ذي رحم أو غيره من رجل أو امرأة سلم ذلك إليه، وإن قالوا: لا وارث له فميراثه للمسلمين.

ووجه ذلك: أن طريقه الخبر عمَّا ينفردون به من العلم، فيقبل قولهم عما يعملونه من الأدواء، وترجمتهم عن الألسنة التي لا نعرفها، قاله الباجي.

ابن راشد: وأما العنوي؛ فإن كان له وارث ورثه، ويسأل عن ذلك أساقفتهم، وإن لم يكن له وارث، فماله لبيت المال، والله أعلم.

(ص): (ولو قَدِم حربيٌّ فأراد الإقامة نظر السُّلطان، فإن ضربها ثُمَّ أراد الرُّجوع، ففي تمكينه قولان)

(ش): قد تقدَّم أن الحربي إذا بذل الجزية بشرطها حرم قتاله، وعلى هذا فإنما يكون نظر السلطان هنا؛ لأجل أنَّه قد لا يكون قصده الإقامة عندنا على الحقيقة، بل احتمل أن يكون جاسوسًا ونحو ذلك.

وقوله: (فإن ضربها) القول بتمكينه من الرُّجوع لمالك في "الْمَوَّازِيَّة"، واستحسنه ابن القاسم.

وقال محمد: إذا اختار الجزية، واستلزمها الجزية لم يمكن من الرُّجوع، والأظهر أن الخلاف مبنيٌّ على أنَّه يُخشى منه أن يدل على عورة المسلمين أم لا.

وأما إن تحقق ذلك فيمنع بلا إشكال، والأظهر المنع مطلقًا.

محمد: ولو أراد المسير إلى بلد آخر من بلاد المسلمين، وتضرب عليه الجزية فيه، لم يمنع.

(ص): (ومن سافر في قُطْرِه الذي صُولِح عَلَيْه فلا عَزْمَ عليه، وإن سافر إلى غيره أُخذ منه العُشر مما باع به أو اشتراه، وقيل: وإن لم يتصرَّف بناءً على أنه لِحَقِّ الانتفاع أو الوصول)

(ش): ليس القطر عبارة عن مملكة ملكٍ، فإن الملك الواحد قد يملك قطرين فأكثر، كملك مصر، فإنه يملك الشام والحجاز وكل منهما قطر منفرد، وحاصل كلامه: أنَّ تجَّار الكفَّار على ضربين: مستأمن - وسيأتي حكمه -، وذميّ. وهو إن سافر في قطره الذي يؤدي فيه الجزية، فلا يؤخذ منه شيء، وفي غيره يؤخذ منه العشر، وهذا هو المشهور.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا يؤخذ منهم شيء إلا بمكة أو المدينة خاصة، حيث

أخذ منهم عمر رضي الله عنه، وهل لا يؤخذ منهم العشر إلا إن باعوا أو اشتروا، وإليه ذهب مالك، وابن القاسم، وأشهب، وهو المشهور، أو يؤخذ منهم وإن لم يبيعوا، ويكون المسلمون شركاء لهم فيما بأيديهم، وإليه ذهب ابن حبيب، وحكاه عن مالك وأصحابه المدنيين.

ومنشأ الخلاف ما ذكره المُصَنِّف، ويبنى عليه لو أراد الذِّمِّي الرُّجوع بعد وصوله وقبل بيعه؛ فعلى المشهور لا شيء عليه.

فَرْعٌ:واختلف في الذِّمِّي إذا رجع من غير قطره إلى قطره، فقال مالك في "المجموعة": يؤخذ منه، وقال في "مختصر ابن عبد الحكم": لا يؤخذ منه شيء.

(ص): **(وحرهم وعبدهم سواءٌ على المشهور، لا يُحَالُ بينهم وبين رقيقهم في استخدام أو وطء، وعليه لا يُؤخذ في تبرٍ يضربونه إلا أُجرة عُشْرِه)**

اشتراك الحر والعبد في ذلك ظاهر؛ لأنَّه إنَّما أخذ لحق الانتفاع أو الوصول؛ وذلك مشترك فيما قاله في "الْمُدَوَّنَة[١]"؛ ولو قدم الذِّمِّي مائة مرة، فإنه يؤخذ منه، و(على المشهور) أي: في أنه لا شركة لأحد معهم، فإنه لا يحال بينه وبين إمائه، وله وطؤهن واستخدامهن، وكذا قال ابن القاسم، وقال ابن حبيب: لا يمكن من ذلك؛ لأنَّ المسلمين شركاؤه.

وعلى الخلاف، فإذا قدموا بتبر يضربونه دنانير أو صاغوا حليًّا، لم يؤخذ منه إلا عشر الأجرة؛ ووقع هنا نسختان؛ إحداهما: الأجرة عشر. والثانية: إلا عشر أجرته، وكلاهما بمعنًى؛ لأنَّ عشر الأجرة أجرة العشر.

وعلى قول ابن حبيب يؤخذ منهم عشر البتر، وإذا قدَّموا بغزل نسجوه بأيديهم أو تبر فضربوه أيضًا بأيديهم، فلا شيء عليهم، ونص عليه ابن المواز.

وهكذا ينبغي لهم ذلك بهبة من غير ثواب، والظاهر: أنَّهم إن أثابوا عليها أن حكم ذلك حكم الأجرة.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المُصَنِّف، وهو المنصوص لغيره، أن المأخوذ هنا إنَّما هو عشر الإجارة، والتحقيق على قول ابن القاسم أنه يؤخذ منهم عشر العمل؛ لأنَّه عوض عشر الدراهم، فحق الإمام أن يأتي بعشر تبرهم أو غزلهم فيكلفهم

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٠.

الاستئجار عليه.

فَرْعٌ:ابن عبد السلام: ولا يسقط هذا العشر بدين يكون على الذِّمِّي؛ لأنَّهم أسقطوه بدين المسلم يكون عليه، وشرطوا في دين المسلم قيام البينة على صحته، ولا يقبل قول الذمي فيه كما يقبل قول المسلم في المشهور، انتهى.

(ص): (**ولو اشترى بالعين سلعًا أُخذ عُشر السلع لا عُشر قيمتها على المشهور**)

(**ش**): لا خصوصيَّة في فرض هذه المسألة في العين، بل وكذلك **لو** قدموا بسلع؛ ولا إشكال على قول ابن حبيب أن عليهم عشر ما قدموا به، وإنما الخلاف هنا مبني على المشهور، والمشهور هو نص "الْمُدَوَّنَة[1]"، قال فيها: ولو قدم بعين فاشترى به سلعة، أخذ منه عشر تلك السلعة مكانه، ونقلها أبو محمد: أخذ منه عشر قيمة تلك السلعة، وهذا هو مقابل المشهور عند المُصَنِّف، وقد تقدَّم أن مثل هذا لا ينبغي أن يعد خلافًا.

ابن يونس: قال بعض شيوخنا: إن كانت السلعة تنقسم أخذ منه عشرها، وإن كانت لا تنقسم أخذ منه تسع قيمتها؛ وذلك أنَّ لنا عشر السلعة بعينها، فإذا أعطانا قيمة العشر، صار كأنَّه اشترى سلعة ثانية منَّا فلنا أيضًا عشرها، فإذا أعطانا أيضًا قيمة العشر، صار كسلعة ثالثة اشتراها منَّا، ثُمَّ كذلك حتى يدق العشر - فلا يعلم قدره إلا الله تعالى -، فيؤخذ منه التسع في أول مرة، وهو الحق الذي لا شك فيه. انتهى.

وأنكر بعضهم هذا القول، ورأى أنه يلزم في التسع ما يلزم في العشر.

الباجي: واختلف أصحابنا المغاربة إذا بنينا على أخذ العشر، فقال بعضهم: إن كان ما صار لهم ينقسم أخذ منه العشر، وإن كان لا ينقسم أخذ منه ثمن العشر. وقال بعضهم: تؤخذ منه القيمة على كل حال، وإن كان مما ينقسم أو يكال أو يوزن.

فَرْعٌ:

فإن استحقَّ المشترى أو رد بعيب، ففي "كتاب ابن سحنون": يرجع عشره، وهو في الاستحقاق ظاهر.

وأما في الرد بالعيب؛ فصحيح على رأي المتأخرين أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله، وأما على القول بأنَّه ابتداء بيع فهو مما ينظر فيه.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٠.

(ص): (ويُؤخذ منه عشر غَلَّة دوابِّه وغيرها على المشهور، وفي كيفية أخذه ثلاثة: مشهورها فيما عقد في غير قُطْرِه فقط وبالعكس، ومقدار سيره في قُطْر غيره)

(ش): غيرها كالسفن، والمشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، والشاذ لأشهب، وابن نافع: لا شيء عليه في ذلك، بناءً على أنَّ هذا ملحق بالتجارة أم لا.

وعلى المشهور اعتبار محل العقد، فإن عقد في قطره إلى قطر غيره، لم يؤخذ منه شيء، وبالعكس يؤخذ منه، والعكس لابن حبيب.

اللَّخْمِيّ: ويختلف على هذا إذا أسلم في سلعة ليقبضها في غير بلده، هل يراعى موضع العقد أو موضع القبض، وقيل: يفرض الكراء على مجموع سيره في قطره وقطر غيره، فما ناب قطره، سقط عشره، وما ناب غيره أخذ عشره، وفي "الجلاب " عن ابن الموَّاز: يؤخذ العشر؛ سواء أكرى ببلده أو بغير بلده.

(ص): (وفي الاقتصار على نصف العُشْر فيما يجلب من الطعام إلى مكة والمدينة قولان)

(ش): في قوله: (الطعام) إطلاق، وليس المراد عموم الطعام، بل المراد الحنطة والزيت خاصة، صرَّح به ابن الجلاب، وصاحب " الكافي"، والقول بنصف العشر رواه ابن نافع عن مالك، وهو الذي في "الجلاب" و"الرسالة".

والقول بالعشر لمالك أيضًا، وقد أغنى الله مكة والمدينة بالمسلمين.

ابن الجلاب: ويخفف عنهم في قرى مكة والمدينة كما يخفف عنهم فيهما، ويؤخذ منهم في ذلك العشر كاملا فيما حملوه من البز، والعروض، والقطاني، وسائر التجارات، سوى الحنطة والزيت.

(ص): (وأمَّا المُعاهد فيُؤخَذُ منه ما قَدَرَ عليه، فإن لم يقدر، فالمشهور اجتهاد الإمام، فله أن يأخذ وإن لم يبيعوا، وقيل: كالذِّمِّي)

(ش): المعاهد: هو الحربي إذا قدم إلينا بعهد؛ أي: بأمان، ولا شك أنه إن قدر عليه شيء أنه يؤخذ منه، ولا يزاد عليه.

ابن راشد: ونقل بعضهم في ذلك الاتفاق، وإن لم يقدر شيء، فذكر المُصَنِّف أن المشهور في ذلك اجتهاد الإمام؛ أي: فيما يؤخذ منهم؛ أعني: فيما ينزلون عليه.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٢.

وأما إن نزلوا مبهمًا، فيتعين أخذ العشر، نص عليه في "الرسالة"، و"الجلاب " وغيرهما.

وفي "الْمُدَوَّنَة[١]": وأهل الحرب إذا نزلوا بتجارة أخذ منهم ما صولحوا عليه، وقاله ابن نافع، وروى علي بن زياد عن مالك أن عليهم العشر.

قال في "البَيَان": واختلاف رواية ابن القاسم، ورواية عليّ إنَّما هو في الابتداء، هل ينزلون على العشر أو مبهمًا؟ فابن القاسم أجاز أن ينزلوا على أقل من العشر أو مبهمًا، وعليّ لم يجز أن ينزلوا على أقل من العشر، وإذا نزلوا مبهمًا اتفقت الروايات على أخذ العشر.

قال صاحب " تهذيب الطالب": ظاهر رواية ابن زياد أن ذلك سواء نزلوا مبهمًا أم لا، وهم كأهل الذمة، وقد بيَّنه في "المجموعة"، ونصها على ما قال مالك: ويؤخذ من تجار أهل الحرب العشر مثل ما يؤخذ من تجار أهل الذمة.

عبد الحق: وهذا يبطل تأويل من تأوَّل أن الذي وقع في "الْمُدَوَّنَة[٢]" معناه: إذا نزلوا مبهمًا.

ابن القاسم في "المجموعة": وإذا نزلوا على دراهم أو دنانير لم يحل بينهم وبين رقيقهم.

مالك: ولو كان على العشر حيل بينهم وبين وطء الإماء حتى يبيعوا.

وقال ابن حبيب: وللوالي أن يقاسمهم فيما قدموا به، وإن كان مما لا ينقسم بيع كله، وأخذ الوالي جزأه، وخلَّى لهم البقية، إن شاءوا باعوا هنا أو رجعوا به.

وقال مالك في "الْمَوَّازِيَّة": ليس للوالي مقاسمتهم رقيقًا، ولا غيره حتى يبيعوا، قال فيها، وفي "المجموعة": فإن لم يبيعوا، ورجعوا فليؤدوا العشر، ويصنعوا ما شاءوا، ثم حيثما ينزلوا من بلاد الإسلام، فلا يؤخذ منهم شيء، إلا أن يشترط عليهم شرط فيعمل عليهم، وإلى ما في "الْمَوَّازِيَّة": أنهم إن لم يبيعوا أخذ منهم العشر، أشار المُصَنِّف بقوله: (فله أن يأخذ، وإن لم يبيعوا) لكن في قوله: (أن يأخذ) نظر؛ لأنَّ ظاهره أن له الترك، وهو خلاف لما في "الْمَوَّازِيَّة"، وكذلك قال أبو الحسن: ظاهر "الْمُدَوَّنَة[٣]" أن

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٣.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٣.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٣.

أهل الحرب يؤخذ منهم العشر باعوا أو لم يبيعوا، والقول بأنَّه لا يؤخذ منهم حتى يبيعوا؛ كالذميين لأشهب.

فَرْعَان:

الأول: إذا دخل أهل الحرب إلينا، فباعوا واشتروا ثم مضوا إلى بلد آخر من بلاد المسلمين، فباعوا واشتروا، فلا يؤخذ منهم تارة أخرى، بخلاف أهل الذمة.

قال في "النكت" و"الفروق": إن أهل الحرب قد حصل لهم الأمان ما داموا في أرض المسلمين، وجميع بلاد الإسلام كبلد واحد، وأمَّا أهل الذمة، فإنَّما يؤخذ منهم لانتفاعهم؛ إذ هم غير ممنوعين من بلادنا، فكلَّما تكرَّر نفعهم تكرَّر الأخذ منهم.

الثاني: قال أَصْبَغ: لا أرى أن يتركوا يدورون في سواحل الإسلام لبيع أو شراء إلا الموضع الذي نزلوه، وإن لم يبيعوا؛ لأنَّ ذلك عورة وتفتيش لموضع العورة، ولا ينبغي أن ينزلوا إلا في الموضع المجتمع الذي تؤمن عورتهم فيه، ولا يدورون أزقة موضع نزلوا فيه، إلا الأسواق والطريق الواضحة لحوائجهم.

(ص): **(ولا يُمكَّنون من بيع خمرٍ لمسلم، والمشهور تمكينُهُم لغيره)**

(ش): أي: لغير المسلم، وكذلك قال ابن بشير، قال: ويمكن أن يخرج الخلاف على أنَّهم مخاطبون، فلا نمكِّنهم أو لا فنمكنهم.

مالك في "المجموعة": وإن خيف من خيانتهم في بيع الخمر ونحوه جعل عليهم أمين.

ابن نافع: وذلك إذا جلبوا لأهل الذِّمَّة لا إلى أمصار المسلمين التي لا ذمة فيها.

اللَّخْمِيّ: وقال ابن شعبان: لا يجوز الوفاء بذلك، ولا النزول على مثل هذا، وتهرق الخمر، وتعرقب الخنازير، وإن نزلوا على ذلك وهم بحدثان نزولهم قيل لهم: إن شئتم فعلنا ذلك وإلا فارجعوا، وإن طال مكثهم فعل ذلك وإن كَرِهوا، انتهى.

والشاذ في كلام المُصَنِّف هو قول ابن شعبان، وعزاه في "الجواهر " لابن حبيب.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المُصَنِّف: أنهم يمكنون من القدوم بالخمر ابتداءً؛ لأنَّ التَّمكين من البيع فرع عن التمكين من النزول، وظاهر الروايات خلاف ذلك.

خليل: والظاهر هنا الشاذ، وهو الجاري على قاعدة المذهب من سد الذرائع، وقد تحقَّقت المفسدة في الإسكندرية، أسأل الله أن يزيلها منها ومن كل موضع شاركها في هذا المعنى.

(ص): (والمُستَأْمَن بمال يموت إن كان على الإقامة فَمَالُهُ فَيْء، إلا أن يكون معه ورَثَتُهُ، وإن كان على التَّخيير رُدَّ مع ديته إن قُتِل، وفي ردِّه إلى ورثته أو إلى حُكَّامهم قولان، وإن كان مُطلقًا ولا عادة ففي تعيين من يلحق بهم قولان)

(ش): أطلق المُصَنِّف المستأمن على الحربي الآتي إلينا، وإن أتى على الإقامة، والغالب في اصطلاحهم إنما يطلقونه على من أتى طالبًا الأمان لأمر ثم يذهب، وذكر أن للقادم أحوالا ثلاثة:

الأولى: أن ينزل على الإقامة، وحكمه فيها حكم سائر أهل الذمة، وإن كان معه ورثته ورثوه، وإلا فبيت المال.

الثانية: أن يقدم لأمر ثم يعود، وهو مراده بقوله: (**على** التخيير)، وحكمه: أنه لا حق للمسلمين في ماله إن مات، ولا في ديته إن قتل، بل يبعث بجميع ذلك إلى بلاده.

ابن الموَّاز: وديته كدية الذمي، وقيل غير ذلك.

ومذهب "الْمُدَوَّنَة[1]": أنه يبعث إلى ورثته، ففيها: وإذا مات عندنا حربي مستأمن وترك مالا أو قتل، فماله وديته يدفع إلى من يرثه ببلده، ويعتق قاتله رقبة. وقال غيره: يدفع ماله وديته إلى حكامهم، والغير هو سحنون.

ونقل ابن أبي زيد كلام الغير: تدفع قيمة ديَّته إلى حكامهم وماله إلى ورثته، والأكثرون ذهبوا إلى أن قول الغير مخالف لقول ابن القاسم، وذهب أبو عمران إلى أنَّه وفاق، وأن قول ابن القاسم محمول على ما إذا علمت بينة مسلمون ورثته وعددهم، وقول الغير محمول **على** عدم العلم، وهذا الذي قاله أبو عمران إنما يتم على النقل الأول لا على نقل الشيخ أبي محمد، فتأمَّلْه.

ابن حبيب: وإن ظهرنا على ورثته، فماله فيء لذلك الجيش الذي ظهروا عليه.

الحالة الثالثة: أن يقدم من غير تنصيص على إقامة ولا رجوع، وإليه أشار بقوله: (وإن كان مطلقًا ولا عادة) يعني: لا عادة لهم في المكث ولا رجوع، وهو إشارة إلى ما نص عليه سحنون: إن كان أكثر المستأمنين بذلك البلد إنما هو على المقام، فميراثه للمسلمين، ولم يكن لهذا أن يرجع، وإن كان شأنهم الرُّجوع فله الرجوع، وميراثه إن مات يرد لورثته، إلا أن تطول إقامته عندنا، فليس له أن يرجع ولا يرد ميراثه، وإذا لم

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٥.

يعرف حالهم ولا ذكروا رجوعًا، فميراثه للمسلمين، والقول الآخر ذكره جماعة ولم ينسبوه.

(ص): **(ولو ترك المُسْتَأْمَن وديعةً فَهِيَ له)**

(ش): يعني: وذهب إلى بلده، فإنَّها له وترد له أو لورثته؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

(ص): **(فإن قُتِلَ أو أُسِر، فثالثها: إن قتل كانت فيئًا، ورابعها: عكسه)**

(ش): يعني: فإن حارب المسلمين فقتل أو أسر والوديعة عندنا، فأربعة أقوال، وقد حكاها ابن بشير:

الأول: أنَّها في الوجهين كما لو كانت معه؛ ولأنَّ ماله لا تزيد حرمته على حرمته هو.

الثاني: أنها ترد إلى ورثته وتبقى له إن أسر وفاء بالعهد.

الثالث: إن قتل فهي فيء، وإن أسر فهي له.

الرابع: أنها تبع لرقبته، فإن أسر كانت فيئًا، وإن قتل رُدَّت إلى ورثته.

وقول ابن عبد السلام، والقول الثاني: ترد إلى ورثته في الوجهين ليس بظاهر؛ إذ لا يمكن أن يقال: يردها إلى ورثته مع بقائه، ووجود الأقوال هكذا منسوبة لقائلها عزيز.

وفي ابن يونس قولان؛ الأول لابن القاسم، وأَصْبَغ في "الْمَوَّازِيَّة": أنها ترد لورثته إن مات أو قتل في المعركة، وإن أسر ثم قتل فهي فيء لمن أسره وقتله؛ لأنهم ملكوا رقبته قبل قتله.

والثاني لابن حبيب: إن أسر ثُمَّ قتل فهي لمن أسره وقتله، وأما إن قتل في المعركة فهي فيء لا خمس فيها؛ لأنَّها لم يوجف عليها، وقاله ابن الماجشون، وابن القاسم، وأَصْبَغ.

(ص): **(الأموال: غنيمة، وفيء، فالغنيمة: ما قُوتِلوا عليه، والفيء: ما لم يوجف عليه)**

(ش): يعني: أن أموال الكفار المأخوذة منهم قسمان: غنيمة، وفيء.

فالغنيمة: ما قوتلوا عليه؛ أي: أخذ بسبب قتال، وليس مراده بأنَّهم قوتلوا لأجل المال؛ لأنَّ ذلك يمنع من الشهادة في سبيل الله، فكيف تفسر به الغنيمة.

والفيء: ما أخذ بغير قتال، وإليه أشار بقوله: (ما لم يُوجَف عليه)، ولعلَّه إنَّما عدل

عن حقيقة المقاتلة بأن يقول: والفيء ما لم يقاتلوا عليه تبركًا بالآية، وهي قوله تعالى: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلا رِكَابٍ﴾ [الحشر: ٦]، يقال (وجف الشيء) إذا اضطرب.

(ص): **(وتُخَمَّس الغنيمة، وخمسها كالفَيء، والجزية، والخراج)**

وتُخمس الغَنِيمة؛ لقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللهِ﴾ [الأنفال: ٤١].

وقوله: (كالفيء، والجِزْيَة، والخراج) تشبيه ليفيد الحكم في الجميع. وقوله (**والخراج**) أي: خراج الأرض؛ سواء افتتحت عنوة أو صلحًا.

(ص): **(ولا يُخَمَّس لُزُومًا، بل يصرف منه لآلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالاجتهاد ومصالح المسلمين)**

(ش): هذا ابتداء مسألة، يعني: أن الخمس، والفيء، والجزية، والخراج لا يلزم فيها التخميس، بل الأمر في ذلك إلى نظر الإمام، فإن شاء وقفه لنوائب المسلمين أو قسمه، ولابن عبد الحكم: لا يوقف.

وإذا قسمه فإن شاء دفعه كله لآله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أو لغيرهم، أو جعل بعض ذلك فيهم وبعضه في غيرهم بالاجتهاد كما قال المُصَنِّف، ونبَّه بقوله: (ولا يُخَمَّس لُزُومًا) على مذهب الشافعي في قوله: إنه يلزم أن يقسم خمس الغنيمة على خمسة أجزاء، وذلك مبنيٌّ على اختلافهم في قوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال:٤١]، كما اختلفوا في آية الزكاة.

(ص): **(وفيها: يُبدأ بالذين فيهم المال، فإن كان غيرهم أشدُّ حاجة نُقل إليهم أكثره)**

(ش): كالزكاة، وتصوره ظاهر.

(ص): **(وأربعة أخماسها للمقاتلين)**

(ش): لأنه قال الله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ﴾، علمنا أن أربعة أخماسها للمقاتلين، ولا خلاف في ذلك.

(ص): **(ويُنَفِّل الإمام من الخمس خاصَّة من يراه ما يراه من سلب وغيره)**

(ش): (النفل) لغة: الزيادة، وفي الشرع: زيادة من الغنيمة.

وقوله: (من الخُمُس خاصة) أي: ليس هو أصل الغنيمة، ففي "الموطأ " عن ابن عمر، قال: بعث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سرية قبل نجد فغنموا إبلا كثيرة، فبلغت سهامهم اثني عشر بعيرًا، أو أحد عشر بعيرًا، ونُفِّلوا بعيرًا بعيرًا، زاد في غير "الموطأ": من الخمس.

وقوله: (من يراه) أي: يراه أهلية لذلك لشجاعته.

وقوله: (ما يراه من سلب وغيره) إشارة إلى أن السلب من النفل وهو كذلك.

(ص): **(ويجوز أن ينُصَّ الإمام بعد القتال على أنَّ سَلَبَ المقتول ونحوه للقاتل، فلو نصَّ قبله لم يجز، وكذلك من تقدَّم فله كذا ونحوه)**

(ش): لأنه بعد القتال من النفل وهو جائز، وأما قبله؛ ففيه إفساد لنية المجاهدين؛ ولأنه قد يلقي بعض المجاهدين بنفسه للهلاك لأجل السلب.

(ص): **(وفي إمضائه قولان)**

(ش): أي: إذا بنينا على عدم جوازه قبل الفتح، فقال مالك: فهل يمضي؟ قال سحنون: يمضي؛ لأنه حكم بما اختلف فيه أهل العلم.

ابن عبد السلام: وهو الصحيح، والقائل بعدم تنفيذه هو ابن حبيب في ظاهر كلامه، إلا أنه لا يبطله مطلقًا كما هو ظاهر كلام المُصَنِّف، بل قال: يعرف قيمة ما سمى الإمام فيعطى ذلك من الخمس، وإنَّما أبطل إعطاءه من أصل الغنيمة.

سحنون: وإذا قال الإمام: من قتل قتيلا فله سلبه بلفظ عام ثبت هذا الحكم له ولجميع المسلمين، وإن خصَّ نفسه، فقال: إن قتلت قتيلا فلي سلبه، لم يكن له شيء؛ لأنَّه حابى نفسه بقوله ولم يعدل، فلم يجز حكمه.

ولو قال: من قتل منكم قتيلا فله سلبه، فقد نفذ ذلك للناس دونه؛ لأنه أخرج نفسه بقوله: منكم، وإن قال بعد أن خص نفسه: من قتل قتيلا، مُجْمِلا، فإنما له من المستقبل، ولو قال: من قتل منكم قتيلا فله سلبه، فمن قتل قتيلا مجملا فإنما له في المستقبل.

ولو قال: من قتل منكم قتيلا فله سلبه، فمن قتل منهم اثنين أو ثلاثة فله سلبهم.

ولو قال لرجل: إن قتلتَ قتيلا فلك سلبه، فقتل اثنين أحدهما بعد الآخر، فغيرنا يجيزه، ويعطيه سلب الأول خاصة، ونحن نكرهه، فإن نزل على وجه الاجتهاد مضى،

وله سلب الأول خاصة، فإن جهل، فقيل: له نصفهما، وقيل: أقلهما.

ابن المواز: وإن قتل قتيلين معًا، فقيل: له نصف سلبهما قسمة للمشكوك فيه على التَّداعي، وقيل: أكثرهما؛ لأنهما لما قتلا معًا صارا كالقتيل الواحد، فيستحق سلبه، فلهذا أعطي الأكثر، وإذا قال الأمير: من قتل قتيلا فله سلبه، فليس له سلب من قتل ممن لا يجوز له قتله من امرأة، أو صبي، أو زمن، أو راهب إلا أن يقاتل هؤلاء فله سلبهم لإجازة قتلهم، فإن قال: من قتل قتيلا فله سلبه ولم يقيد؛ فقتله ذمي أو امرأة فالمنصوص لا شيء لهما.

خليل: وقد يتخرَّج على قول من يرى الإسهام للمرأة إذا قاتلت أن يكون لها هنا السلب، إلا أن هذا يحتاج إلى أن يكون القائل بالإسهام لها يرى أن قول أن الإمام هنا ماضٍ.

الباجي، والمازري، وابن يونس: وعلى قول أشهب: أنه يرضخ للذمي، فيكون السلب له من الخمس.

وإن قال: من قتل كافرًا من المسلمين فقتله ذمي، فلا شيء له بالإجماع للشرط، وإن قال: من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه، لم يستحقه القاتل إلا بها، فإن جاء بشاهدين أخذه، وإن جاء بشاهد واحد.

ابن عبد السلام: فله أخذه بغير يمين.

وقال الشافعي: يحلف، وإن لم يشترط البينة فجاء برأس القتيل، فاختلف في أخذ سلبه، وإن جاء بالسلب لم يأخذه إلا بالبينة.

(ص): **(وفيها قال مالك:** لم يبلغني أنَّ ذلك كان إلا يوم حُنَين، **وإنَّما نفل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الخُمُس بعد أن بَرَدَ القتال)**

(ش): هذا هو الصحيح.

عياض: وعند بعضهم خيبر وهو وهم، وهذا احتجاج من مالك على أنه ليس بالسلب للقاتل مطلقًا، وإلا لتكرر منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في غزواته وعمل به الخلفاء بعده.

قال في "الاستذكار": وأما قوله: (لم يبلغني) فقد بلغ غيره، وذكر أحاديث وردت بذلك.

خليل: والظاهر أنه ليس في تلك الأحاديث حجة على المالكية؛ لأنَّها إنما تدل

على أن السلب موكول للإمام وهم يقولون بموجبه، وفي قول مالك رضي الله عنه: وإنَّما نفل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الخمس، جواب عنها - والله أعلم - على أنَّه يمكن أن يقال: إن قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَنْ قَتَلَ قَتِيلا فَلَهُ سَلَبُهُ"(١) من باب الحكم منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلا يتعدَّى لغير من حكم له، وإنَّما يتعدَّى لو كان من باب الفتوى، والله أعلم.

(ص): **(والمشهور: أنَّه لا يكون فيها ما ليس بمعتاد من سِوَار، وتاج، وطوقٍ، وصَلِيب، وكذلك العين على المشهور)**

(ش): ما ذكر أنَّه المشهور، ذكره سحنون عن الأصحاب، فقال أصحابنا: لا نفل في العين، وإنَّما هو الفرس وسرجه ولجامه، وخاتمه، ودرعه، وبيضته، ومنطقته بما في ذلك من حلية ساعديه، وساقيه، ورأسه، والسلاح، ونحوه، وحلية السيف تبع للسيف، ولا شيء له في الطوق والسوارين، والعين كله ولا في الصليب.

وقال ابن حبيب: يدخل في السلب كل ثوب عليه، وسلاحه، ومنطقته التي فيها نفقته، وسواره، وفرسه الذي هو عليه أو كان يمسكه لوجه القتال عليه، فأما إن كان يجنبه أو كان منفلتًا، فليس من السلب.

الباجي: فتحقيق مذهب سحنون: أن ما كان معه من لباسه المعتاد، وما يستعان به على الحرب من فرس أو سلاح فهو من السلب، ومذهب ابن حبيب: أن ما كان عليه من اللباس والحلي والنفقة المعتادة، وما يستعان به على الحرب، فهو من السلب، ففهم الباجي القولين على نحو ما ذكرهما المؤلف، ورأى اللَّخْمِيّ القولين إنما هو في السِّوارين، قال: وخرج من الخلاف فيهما اختلاف فيما يشبههما مما يراد به الزِّينة، كالطوق وشبهه.

(ص): **(ويُخمس الجميع دون الأرض، فإنها فيء على المشهور كالجزية، وقيل: يقسمها إن رأى كخيبر، وفيها: أنَّ عمر أقرَّها، ولم يقسمها، وفيها: قال الأوزاعيُّ: وقف عمر والصَّحابة رضي الله تعالى عنهم الفيء وخراج الأرضين، ففُرِضَ منها للمُقَاتِلَة، والعيال، والذُّرِّيَّة، فصار ذلك سُنَّةً لِمَن بعده)**

(ش): اللَّخْمِيّ: الأرض ثلاثة أقسام؛ فما كان بعيدًا عن المسلمين، ولا يستطاع

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٣١٤٢) ومسلم، برقم (١٧٥٤) والترمذي، برقم (١٥٦٢).

سكناه للخوف من العدو هُدِم وحُرق.

وما كان يقدر المسلمون على عمارته إلا أنهم لا يسكنونه إلا أن يملكوه، فإن الإمام يقطعه لهم ويخرجه من رأس الغنيمة، وليس للجيش فيه مقال، ويقطعه لمن فيه نجدة، فيكون في نحر العدو عونًا للمسلمين.

واختلف فيما كان قريبًا أو مرغوبًا فيه، فقال مالك مرة: لا حق للجيش فيه، ولا يقسم ويوقف خراجها للمسلمين، وقال مرة: تجوز قسمتها أو وقفها، قال: ولا أعلم خلافًا أن قسمها يمضي إن قسمت ولا ينقض، انتهى بمعناه.

وهذا القسم الثالث هو الذي ذكره المُصَنِّف.

قوله: (كَخَيْبَر) حجة للشاذ، وما حكاه عن عمر حجة للمشهور، واستحسن اللَّخْمِيّ وغيره الشاذ؛ لأنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قسم أرض بني قريظة، وخيبر، وفدك، وقال عمر رضي الله عنه: (لولا من يأتي من المسلمين لم أدع قرية افتتحت عنوة إلا قسمتها كما قسم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ)، فسلَّم عمر رضي الله عنه أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قسم العنوة، وأن ذلك لم ينسخ، وأخبر أن القسم باجتهاد منه.

قال في "البَيَان": وقيل: إن عمر رضي الله عنه إنما فعل ذلك بعد تطييب نفوس الغانمين، ومن سمحت نفسه بالخروج عن نصيبه بغير عوض قبل منه، ومن لم يسمح أعطاه العوض، فإن قلت: قول المُصَنِّف: (وقيل: يقسمها إن رأى) هل هو مقابل المشهور أو مقابل المشهور تحتم القسم؟ فالجواب: الأمر محتمل، وقد حكى ابن شاس القولين.

(ص): **(وشرط المستحقِّ: أن يكون ذَكَرًا، حُرًّا، بالغًا، عاقلا، مسلمًا، صحيحًا، حاضر الوقيعة، قاتل أو لم يقاتل)**

(ش): يعني: من اجتمعت فيه هذه الشروط أسهم له اتفاقًا وهي ستة، ثُمَّ أخذ يتكلَّم على ما إذا فقد بعضها.

(ص): **(والذِّمِّي كالعبد، وثالثها: يُسْهَمُ له إنِ احتيج إليه)**

(ش): ولا خلاف أنه لا يسهم لعبد ولا ذمي إن لم يقاتلا، وأما قاتلا؛ فالمشهور لا يسهم لهما؛ لأنَّ المتبادر من قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية، إنَّما هو من خوطب بالجهاد.

وقال ابن حبيب: إذا نفر أهل الذمة مع طوائفنا، فما صار لهم ترك ولم يخمس.

اللَّخْمِيّ: فجعل لهم نصيبًا مع الجيش، وهذا هو القول الثاني الذي ذكره المُصَنِّف في الذمي.

المازري: وأشار بعض الأشياخ إلى حمل كلام ابن حبيب على أن الإمام أذن لهم في القتال.

وقال سحنون: إذا قاتل أهل الذِّمَّة، ولولاهم لم يقدر المسلمون على تلك الغنيمة أسهم لهم، ولو كان المسلمون إذا انفردوا قدروا عليها لم يسهم لهم، وإلى هذا أشار بقوله: (إِنِ احتِيج)، وكلام المُصَنِّف يقتضي أن الثلاثة الأقوال منصوصة في العبد والذِّمي، والمنصوص في العبد إنَّما هو عدم الإسهام، والقولان الآخران مخرجان على قول ابن حبيب وسحنون، هكذا ذكر المازري وغيره.

(ص): **(والمُطبق بعد الخروج كالمريض)**

(**ش**): هذا راجع إلى قوله: (عاقلا) وما ذكره المُصَنِّف لابن بشير.

قال: وإن كان معه من العقل ما يمكنه به القتال أسهم له، والذي قاله المازري: أن المطبق كالعدم فهو كالميت، والفرق بينه وبين المريض تحصل منه منفعة الرأي والتدبير، وكذلك قال الباجي: إن المطبق لا يسهم له.

(ص): **(وفي الصغير المطيق للقتال، ثالثها: يُسهم له إن قاتل)**

(**ش**): هذا راجع إلى قوله: (بالغًا)، واحترز بالمطيق ممن لا يطيقه، فإنه لا يسهم له اتفاقًا، والمشهور أنه لا يسهم لغير بالغ، والقول بأنه يسهم للمطيق إذا حضر القتال، سواءً قاتل أم لا نقله ابن بشير، ولم يعزه، وهو رأي اللَّخْمِيّ. والثالث يسهم للمطيق، بشرط أن يقاتل لمالك في "الْمَوَّازِيَّة".

ابن الموَّاز: وإن حضر القتال ولم يقاتل، فلا يسهم له.

ونقل اللَّخْمِيّ عن ابن المواز: أنه يسهم لمن راهق، وبلغ مبلغ القتال إذا حضر القتال، قال: وقال محمد: لا يسهم له حتى يقاتل.

وذهب ابن وهب إلى اعتبار السن، فأسهم له إذا بلغ خمس عشرة سنة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي تعلُّقًا منهم " بإجازة النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ابن خمس عشرة سنة"[1]، وللأئمة في فهم هذا الحديث طريقان:

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢٦٦٤) ومسلم، برقم (٢٣٥٥).

إحداهما: أن هذه السن علامة على البلوغ.

والثانية: أنَّه أجيز لقدرته على القتال، فصادفت إطاقته للقتال هذه السن، ولم تعتبر السن بمجردها.

تنبيه:

ما ذكرناه أنَّ المشهور عدم الإسهام للصبي، نص عليه ابن عبد السلام، وهو ظاهر "الْمُدَوَّنَة[1]"، وعلى ذلك حملها اللَّخْمِيّ وغيره؛ لإطلاقة فيها عدم الإسهام له.

وقال الباجي: لم يعتبر مالك البلوغ في الإسهام.

وفي "الرسالة": ولا الصبي إلا أن يطيق الصبي الذي لم يحتلم القتال، ويجيزه الإمام ويقاتل فيسهم له.

ابن الفاكهاني: والظاهر من المذهب: إذا بلغ مبلغ القتال وحضره أسهم له.

فَرْعٌ: نص في "الْمُدَوَّنَة[2]" بعد أن ذكر أنه لا يسهم لصبي ولا امرأة ولا عبد أنه لا يرضخ لهم، ونقل ابن حبيب: أنه يرضخ لهم.

(ص): **(وفي المرأة إن قاتلت قولان)**

(ش): المشهور: أنَّه لا يسهم لها، ونقل الباجي، واللَّخْمِيّ، والمازري، وابن راشد عن ابن حبيب: إن قاتلت كقتال الرجال أسهم لها، وانظر هل يتخرج الثالث الذي تقدَّم في العبد هنا.

وقوله: **(إن قاتلت)** يريد: وإن لم تقاتل، فلا يسهم لها بالاتفاق.

(ص): **(والمريض بعد الإشراف على الغنيمة يُسْهَم له اتِّفاقًا، وكذلك لو شهد القتال مريضًا، وكذلك فرسه الرَّهيص على المنصوص، وإلا فقولان)**

(ش): هذا راجع إلى قوله: (صحيحًا) يعني: أن من خرج صحيحًا، ولم يزل كذلك حتى قاتل أكثر القتال، فإن مرضه لا يمنعه من الإسهام اتِّفاقًا، وكذلك يسهم لمن ابتدأ القتال وهو مريض ولم يزل كذلك إلى أن انهزم العدو، ومقتضى كلامه: أن هذه الصورة متَّفق عليها كالأولى.

وحكى اللَّخْمِيّ وابن بشير فيها قولا بعدم الإسهام، وعزاه اللَّخْمِيّ لمالك من رواية أشهب وابن نافع.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٦.

اللَّخْمِيّ: وعليه لا يسهم للفرس الرهيص، وهو أحسن، وإذا لم يسهم للبراذين لضعف منفعتها عن الخيل، فالرهيص أولى، وهذا مقابل المنصوص، فإن قلت لم لا يجعل قوله: (على المنصوص) راجعًا للفرس والفارس؟ قيل: لو أراد ذلك، لقال: على المنصوص فيهما كعادته، وأيضًا إعادته (كذلك) تقتضي فصلها عَمَّا قبلها كعادته.

والرهصة: مرض في باطن حافر الدابة من حجر تطؤه من الوقرة.

الكسائي: يقال: رهصت الدابة - بالكسر - رهصًا، وأرهصها الله سبحانه، فهي مرهوصة، ويدخل في قوله: (وإلا فقولان) أربع صور:

الأولى: يخرج من بلد الإسلام مريضًا، ولا يزال كذلك حتى ينقضي القتال، وحكى الخلاف فيها اللَّخْمِيّ، قال: وأرى ألا شيء له إلا أن يكون له رأي؛ ورب رأي أنفع من قتال.

الثانية: يخرج صحيحًا ثم يمرض قبل الدخول في بلاد الحرب.

الثالثة: كذلك، ويمرض بعد دخولها.

الرابعة: يخرج صحيحًا، ويشهد القتال كذلك، ثُمَّ يمرض قبل الإشراف على الغنيمة.

وحكى ابن بشير الخلاف في الجميع؛ لأنَّه حكى في المريض أربعة أقوال:

أحدها: عدم الالتفات إلى المرض ووجوب السهم ولو خرج من بلاد الإسلام مريضًا.

والثاني: أنه لا يسهم له إلا بعد شهود القتال والإشراف على الغنيمة.

والثالث: إن مرض وقد ابتدأ القتال، وإن لم يشرفوا على الغنيمة أسهم له، وإلا فلا.

والرابع: إن كان المرض قبل الحصول في حد أهل الحرب لم يسهم له، وإن كان بعد الحصول أسهم له، قال: وإن فصلت قلت: أما إن أشرفوا على الغنيمة ثم مرض أسهم له اتفاقًا، وإن لم يشرفوا، ففي كل صورة قولان: إما أن خرج مريضًا، ثم صح قبل دخول بلاد الحرب، أو بعد دخولها وقبل القتال، أو بعد ذلك وقبل الإشراف، فإنه يسهم له، ولا تدخل هذه الصورة في كلامه؛ لأنَّ كلامه في حصول المانع لا في زواله.

(ص): (**والأعمى والأعرج إن كانت بهم منفعة في الحرب أو سببه فكالصحيح، وإلا فكالمريض**)

(ش): قال (بهم) لأنَّ مراده جنس الأعمى والأعرج؛ كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا﴾ [الحجرات: ٩]، وكقوله: ﴿هَذَانِ خَصْمَانِ اخْتَصَمُوا﴾ [الحج: ١٩]، وقوله: (أو سببه) كبري النبل، وحبك الأحبل للطوارئ والتدبير.

وقوله: (كالصَّحيح) يقتضي أنَّه يسهم له بالاتفاق، وأن الخلاف إنَّما هو إذا لم تحصل به منفعة، وكلام غيره على العكس، وأنَّ الخلاف فيما إذا كانت بهم منفعة في الحرب.

سحنون: ويُسهَم للأعمى، والمقعد، والأقطع، والمجذوم؛ لأنَّ الأعمى يبري النبل، ويكثر الجيش ويدبر، وقد يقاتل المقعد والمجذوم فارسًا، وظاهر " العُتْبِيَّة " أنَّه لا يسهم للأعمى، وبه قال اللَّخْمِيّ وابن يونس؛ لأنَّهما قالا: الصواب في الأعمى لا شيء له، وإن كان يبري النَّبل دخل بذلك في جملة الخدمة الذين لا يقاتلون.

قالا: وكذلك أقطع اليدين لا شيء له، وإن كان أقطع اليسرى أسهم له، ويسهم للأعرج إن حضر القتال، وإن كان ممن لا يجسر على القتال بوجه، لم يسهم له، إلا أن يقاتل فارسًا، ولا شيء للمقعد إذا كان راجلا، وإن كان فارسًا يقدر على الكر والفر أُسْهِم له.

ابن راشد: ويُسْهَم لأقطع الرجلين.

ونص ابن بزيزة على أن المشهور عدم الإسهام للأعمى، والمقعد، والأقطع، والأشل، والأعرج.

ابن عبد السلام: فأنت ترى كلام هؤلاء فيمن له منفعة، وظاهر كلامهم: أن من لا منفعة فيه فهو أشد من المريض؛ للُزُوم المانع في حقهم وعرضيته في حق المريض وعدم انضباطه.

(ص): **(والضَّالُّ عن الجيش في بلاد المسلمين لا يُسْهَم له على المشهور، وفي بلاد العدو يُسْهَم له على المشهور)**

(ش): حاصله ثلاثة أقوال:

الأول: يسهم له مطلقًا، رواه أَصْبَغ عن ابن القاسم.

والثاني: **لا** يسهم له مطلقًا، وهي رواية ابن نافع عن مالك.

والتفصيل **لا**بن شاس وغيره، وهو المشهور؛ لأنَّه إذا ضَلَّ في بلاد العدو وحصلت به المنفعة، وهي تكثير سواد المسلمين في بلاد العدو.

ونص في "الْمُدَوَّنَة[١]" على الإسهام للضال في بلاد العدو، ومفهومها عدم الإسهام للضال ببلاد المسلمين، لكن قال أبو الحسن: يحتمل أن تكون رواية أَصْبَغ تفسيرًا.

(ص): (وكذلك لو رَدَّت الرِّيح بعضهم مغلوبين)

(ش): ظاهره: أنه يفصل في ذلك بين أن ترده الريح في بلاد الإسلام أو في بلاد العدو، وقد شَبَّه في "الْمُدَوَّنَة[٢]" من ردته الريح بالضال.

ابن عبد السلام: وظاهر "الْمُدَوَّنَة[٣]" أنه يسهم لمن ردته الريح من غير تفصيل.

وقد ذكرنا أنَّه لم ينص فيها إلا على من ضل في أرض العدو، وكذلك لم ينص إلا على من ردته الريح من أرض العدو، وقد ذكرنا أن أبا الحسن، قال: يحتمل أن يقال بالإسهام للضال مطلقًا، وهو هنا أوضح؛ لأنَّ الغلبة تتحقق في الرد بالريح، بخلاف الضال، وقد فرَّقوا بين اصطدام الفارسين والسفينتين، وروى ابن نافع عن مالك: أنه لا يسهم لمن ردته الريح من أرض العدو، وبه قال سحنون، واستحسنه اللَّخْمِيّ.

فَرْعٌ: ابن المواز: وإن خرجت مراكب من مصر غزاة فاعتل منها مركب فتخلفوا لإصلاحه، فخافوا لما بقوا وحدهم، فرجعوا إلى الشام خوفًا، فلا شيء لهم فيما غنم أصحابهم، وكذلك لو مرضوا فرجعوا، أو انكسر مركبهم فرجعوا إلى الشام خوفًا، فلا شيء لهم فيما غنم أصحابهم، قلت: فإن أسهم لهم فأعطوهم؟ قال: فلا يرجع عليهم، وقد فات ذلك وأنفقوه، قلت: فإن ولجوا بلاد العدو وجازوا قبرص ثم عرض لهم ما عرض فرجعوا إلى الشام خوفًا من العدو حتى رجع الجيش، قال: هذا عذر إذا بان خوفهم، فهذا مشكل ويسهم لهم.

فَرْعٌ: نص أشهب في "الْمَوَّازِيَّة " على أنَّه إذا ظفرنا بالعدو وفيهم مسلمون أسارى، أنه يسهم لهم، وإن كانوا في الحديد؛ لأنَّهم إنما دخلوا أولا للقتال، وغلبوا عليه فكانوا كالضال.

(ص): (ومن رَدَّه الإمام لمنفعة الجيش أُسهِمَ له، وإلا فقولان)

(ش): تبع المُصَنِّف في هذا ابن بشير، والذي ذكره اللَّخْمِيّ والمازري أنَّ الخلاف إنما هو فيمن تأخر عن القتال لمصلحة الحرب، وذكر القولين لمالك، وأمَّا إن تخلف

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٨.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٩.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٠٩.

لغير عذر أو لأمر لا يعود على الحرب، فلا يسهم له، وتابع ابن بزيزة ابن بشير: وفيمن رَدَّه الإمام لحاجة قولان عندنا، والأصل في ذلك رده النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عثمان لمرض ابنته التي كانت تحت عثمان، وهذا الخلاف إنَّما هو فيمن رد لحاجة المسلمين، وأمَّا من ردَّه الإمام لحاجة الجيش وحده، فلا خلاف أنه يسهم له.

وحكى ابن شاس عن المذهب أنَّه لا يقسم له وهو غير معروف. انتهى.

فَرْعٌ: إذا أقر الغازي بالرُّجوع، وزعم أنه رجع مغلوبًا أو ضالا، فإن ادَّعى ما له أمارة من ريح، ردت مركبًا كان فيها، أو خوفًا، أو غرر طريق، وظهرت أمارة صدقه قبل قوله، وإلا فلا، ولو أنكر التخلف فهو مدَّعٍ عليه الإقرار أنَّه من الجيش، ولا يثبت تخلفه بقول أحد ممن يشاركه في الغنيمة؛ لأنَّه جارٌّ لنفسه، وفي قبول قول الأمير في ذلك قولان؛ بناءً على أنه حكم بعلمه فيما تدعو الضرورة إليه، فيجوز، وإليه ذهب سحنون، كالعدالة، أو جارٌّ لنفسه، فلا يجوز، وإليه ذهب ابن القاسم، وانظر قولهم هنا: لا يقبل قول أحد ممن شاركه من الجيش، مع أن المشهور أن من سرق من الجيش من الغنيمة يقطع، والمُتَبَادَر إلى الذهن عكسه.

(ص): **(والتاجر والأجير بِنِيَّة الغَزْو أصلا يُسْهَم لهما، وإلا فلا، إلا أن يُقاتلا)**

(ش): يحتمل أن يريد بالأصل أنها هي الأصل، وتكون التجارة أو الإجارة تابعة لها، ويحتمل أن يريد ألا تكون تبعًا، فيشمل صورتين: إذا كانت نيَّة الغزو هي المقصودة، وإذا كانت هي والتجارة مقصودتين، وهذا الاحتمال هو الذي تصح عليه المسألة، فيجب أن يعوَّل عليه؛ لأنَّه الذي نص عليه ابن القصار، وذكر المازري أنَّه لا يعلم فيه خلافًا أنَّ الأجير المملوك المنافع إذا خرج لهما يسهم له، قاتل أو لم يقاتل، وإن خرج بنيَّة التجارة فقط، لم يسهم له، إلا أن يقاتل، وعلى هذا اقتصر المُصَنِّف بقوله: **(وإلا فلا، إلا أن يُقاتلا)**، ونص ابن القصار على أن هذا التَّفصيل إنَّما هو في الأجير المستحق المنافع، قال: وإن كان أجيرًا على شيء بعينه؛ كخياطة ثوب أسهم له، حضر القتال أو لم يحضر، وحكى جماعة في الأجير ثلاثة أقوال:

الأول في "الْمَوَّازِيَّة": يسهم له إذا شهد القتال.

الثاني - وهو المشهور، ومذهب "الْمُدَوَّنَة[1]" -: أنَّه يسهم له بشرط أن يقاتل.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥١١.

قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": وكذلك التاجر.

الثالث لمالك في "العُتْبِيَّة": لا يسهم له وإن قاتل؛ لأنَّ خروجه لم يكن للجهاد.

سحنون مُفرعًا على الإسهام: وإذا أعطي سهمه بطل من أجره بقدر ما اشتغل عن الخدمة.

بعض القرويين: وليس لمن استأجره أن يأخذ منه السُّهمان عوضًا عمَّا عطل من الخدمة، بخلاف أن يؤاجر نفسه في خدمة أخرى؛ لأن ذلك قريب بعضه من بعض، والسُّهمان ربما كثرت، فكانت أكثر مما استأجره مرارًا.

ابن يونس: ولأنَّ القتال لا يشابه الخدمة؛ لأنَّ فيه ذهاب النفس.

ابن عبد السلام: قال بعض الشيوخ: إن الأجير إما أن يكون على منفعة عامة للجيش أو خاصة في معنى، ولكنه لا يختصُّ ببعضهم، أو خاصة ببعضهم.

فالأول: كرفع الصواري، وإمساك الأحبل في البحر، وتسوية الطرق في البر.

واختلف في الإسهام لهم على قولين.

والثاني: كالخياطة لهم، أو عمل آلة تختص ببعضهم، وهؤلاء اختلف فيهم على القولين؛ إذا شهدوا القتال، وإن لم يقاتلوا.

والثالث: كأجير الخدمة لرجل مخصوص، فهذا فيه ثلاثة أقوال، ولعلها التي تقدَّمت.

(ص): (والمستند إلى الجيش من مفرد أو سرية كالجيش، وإلا فلهم كالمُتَلَصِّصِين فيُخَمَّس المسلم دون الذِّمِّي، وفي العبد قولان)

(ش): يعني: إذا خرجت سرية من الجيش أو واحد منهم وغنمت كالجيش، فما غنمه الجيش دخلت فيه السرية، وما غنمته السرية قسم عليها وعلى الجيش جميعه، لأنَّها بقوة الجيش غنمت.

قال في "التلقين": وسواء خرجت بإذن الإمام أو بغير إذنه، فإن خرجت ابتداء من البلد، فالغنيمة لها خاصة، وأشار المُصَنِّف إلى الخارجة من البلد بقوله: (وإلا فلهم) أي: وإن لم يكن جيش يستند إليه، بل خرج رجل أو جماعة متلصصون، فحكمهم حكم الجيش المنفرد، فإن كانوا مسلمين، خمس وكان لهم أربعة أخماسه، وإن كانوا

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥١٢.

أهل ذمة ترك لهم ما غنموه ولم يخمس، وقال سحنون: لا يخمس.

واختلف في الذِّمِّي، والعبد إذا وجد ركازًا، فقيل: يخمس، وقيل: لا يخمس.

اللَّخْمِيّ: واختلف فيما غنمه النساء والصبيان إذا انفردوا بالغنيمة، هل يخمس أم لا، وكأنه أشار إلى تخريجه على ما انفرد العبيد به، ولم يذكر التُّونُسِيّ تخريجًا ولا أشار إليه، بل تردد رحمه الله في ذلك، قال: ولا نعلم نص خلاف أنه يخمس ما أصابوه من ركاز.

(ص): **(ومن مات قبل قسمها فسهمُهُ لورثته، أما لو مات قبل اللِّقاء، فلا يُسهم له، ولو مات بعد اللِّقاء وقبل القتال فقولان، وكذلك موت فَرَسِهِ)**

(ش): حاصله: أن المسألة تنقسم إلى ثلاثة أقوال:

الأوَّل: أن يموت بعد الفتح، وقبل قسمة الغنيمة، والحكم: أنه يسهم له.

ابن عبد السلام: ولا أعلم في هذا خلافًا.

فإن قيل: يرد هذا ما نقلوه من أنَّه اختلف على قولين؛ هل تملك الغنيمة بنفس أخذها، أو بالقسمة على الغانمين؟

فجوابه: إن هذا الخلاف ليس بعام، وإنَّما مرادهم به إدخال من لحق الجيش قبل القسمة، أو أسلم، أو أعتق، أو بلغ، أو ما أشبه، وبذلك فَسَّروه.

والقسم الثاني: أن يموت قبل اللقاء، ولا إشكال في عدم الإسهام له إن مات قبل وصول بلاد الكفر، وكذلك إن مات ببلاد الكفر على المشهور، ونقل في "البَيَان " عن ابن الماجشون: أنَّه يستحق الإسهام بالإدراب ببلادهم إلى حين قفول العسكر.

الثالث: أن يموت بعد اللقاء وقبل القتال، وفيه قولان كما ذكر، والقول بعدم الإسهام لمالك في "الْمَوَّازِيَّة"، وبه قال سحنون، وحكى ابن حبيب عن أصحاب مالك أن مشاهدة القرية والعسكر كالقتال.

ويتحصَّل في هذا القسم والذي قبله أربعة أقوال:

الأوَّل: لابن الماجشون: أنه يستحق الإسهام بالإدراب في أرض العدو إلى حين القول.

الثاني: أنه لا يستحق إلا بلقاء العدو ومشاهدة القتال، وهو الذي في "الواضحة"، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى.

الثالث: أنه لا يستحق بلقاء العدو ومشاهدة القتال إذا مات بعده إلا ما غنم،

وافتتح بقرب ذلك، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى.

والرابع لسحنون: أنَّه لا يستحق بمشاهدة القتال إذا مات بعد ذلك إلا ما غنم، وافتتح بذلك القتال خاصة، وهل يسهم لمن مات بعد غنيمة ممَّا غنم بعد موته؟

ففي "الْمَوَّازِيَّة " عن مالك: إذا كانت غنيمة متتابعة، فله سهمه من الجميع، مثل أن يفتحوا حصنًا فيموت، ثم آخر على جهة الأمر الأول.

أَصْبَغ: وأمَّا لو رجعوا قافلين ونحو ذلك من انقطاع الأمر الأول، فلا شيء له، وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم. وقال سحنون: مثل أن يكون حصن تحت سور أخذ ربض آخر بعده، وأما ما ابتدئ قتاله من الحصون بعد موته، فلا يسهم له وإن كان قريبًا.

ابن رشد: ويشبه أن يكون هذا القول هو مذهب "الْمُدَوَّنَة[١]".

(ص): **(وللفرس سهمان، وللفارس سهم كالراجل)**

(ش): لما في "البخاري[٢]" و"مسلم[٣] " عن ابن عمر: "أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل لِلْفَرَسِ سَهْمَيْنِ، وَلِلْفَارِسِ سَهْمًا".

وفي أبي داود نحوه، وهذا والله أعلم إما لعظم مؤنة الفرس، وإما لقوة المنفعة به، ولهذا لم يسهم للبغل ونحوه.

وعن ابن وهب: أنَّه قال للفرس سهم واحد كراكبه، وشبَّه المُصَنِّف الفارسَ بالراجل ليفيد الحكم فيه، والله أعلم.

(ص): **(ولا يُسهَمْ للفرس الثاني على المشهور؛ كالزُّبَير يوم حنين، ولا يُسهم للثالث اتِّفاقًا)**

(ش): حاصله: أنَّه يسهم للفرس الواحدة ولا يسهم للثَّالث اتِّفاقًا، واختلف في الثاني، فالمشهور أنه لا يسهم له؛ لما ورد: أن الزبير كان له فرسان يوم حنين، فلم يسهم إلا لواحد.

وقال ابن وهب وابن حبيب: يسهم له. واختاره ابن الجهم.

وروي في بعض طرق حديث الزبير: "أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فعل ذلك".

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥١٢.

(٢) أخرجه البخاري، برقم (٢٨٦٣).

(٣) أخرجه مسلم، برقم (١٧٦٥).

(ص): (وإن كانوا في السفن ومع بعضهم خيل، فكذلك)

(ش): وجه هذا ظاهر؛ لأنَّ المقصود بحملها معهم القتال عليها عند الحاجة إليها.

قال في "الْمُدَوَّنَة[١]": وكذا إن أَسَرَ أهل العسكر رجَّالة وتركوا خيلهم، فإنه يسهم للفرس كما لو كان راكبه عليه، واختار اللَّخْمِيّ عدم الإسهام للخيل التي في السفن.

(ص): (والبِرْذَوْن، والهجين، والصغير يَقْدِر بها على الكرِّ والفَرِّ كغيرها؛ بخلاف الإبل، والبغال، والحمير)

(ش): ابن حبيب: البراذين: هي العظام.

الباجي: يريد: الجافية الخلقة العظيمة الأعضاء، وقيل: (البرذون): ما كان أبوه وأمه قبطيين، وإن كانت الأم قبطية والأب عربي، فهو هجين، وبالعكس مُقْرِف. وقيل بعكسه، وقال ابن حبيب: الهجين الذي أبوه عربي وأمه من البراذين.

قوله: (يقدر بها على الكَرِّ والفَرِّ) شرط في الإسهام، وظاهره: أنه لا يشترط مع ذلك إجازة الإمام ونحوه لابن حبيب، وشرط في "الْمُدَوَّنَة[٢]" و"الموطأ " في البراذين إجازة الوالي لها، وحمل الباجي والمازري قول ابن حبيب على الخلاف.

وقال التلمساني: الأول أن يحمل مطلق قوله في "الواضحة " على مقيد قوله في "الْمُدَوَّنَة[٣]".

خليل: وقد يقال بل يحمل ما في "الْمُدَوَّنَة[٤]" على ما في "الواضحة"؛ لأنَّه اشترط في "الواضحة " أن يقدر بها على الكر والفر، وهي إذا كانت كذلك يجيزها الإمام، لكن قوله في "الجلاب": والهجين والبراذين بمنزلة الخيل إذا أجازها الوالي، وكانت سراعًا خفافًا تقارب العتاق، يردُّ هذا، والله أعلم، وما ذكره المُصَنِّف في الصغير، نص عليه ابن حبيب.

الباجي: ولو دخل بفرس فكبر وصار يقاتل عليه، أسهم له من يوم بلوغه حد الانتفاع به، قاله سحنون، كما أنه يسهم للصبي إذا بلغ مما غنموه بعد بلوغه، ويسهم لإناث الخيل كذكورها، رواه ابن عبد الحكم عن مالك.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥١٤.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥١٥.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥١٥.

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٥١٧.

وفي "البخاري": قال راشد بن سعيد: كان السلف يستحبون الفحولة في الخيل؛ لأنها أجرأ وأجسر.

سحنون: وإذا دخل بفرس لا يقدر أن يقاتل عليه من كبر، فهو راجل لا ينبغي للإمام أن يجيزه.

الباجي: وهذا يدل على أن الإمام أن يتفقد أمر الخيل، فيجيز منها ما يجب، ويرد منها ما لا يمكن القتال عليه.

وفي "الجواهر": ويسهم للضعيف؛ لأنَّه يرجى برؤه.

وقال أشهب وابن نافع: لا يسهم له؛ لأنَّه لا يمكن القتال عليه الآن، فأشبه الكسير، ولا يسهم للأعجف إذا كان في حيز ما لا ينتفع به، ولا خلاف أنَّه لا يسهم للإبل والبغال والحمير.

(ص): (والمغصوب من الغنيمة أو من غير الجيش كغيره، ومن الجيش فقولان)

(ش): يعني: إذا غصب أحد فرسًا وغزا عليه، فإن كان الفرس من الغنيمة فسهماه للغاصب؛ أي: في غنيمة أخرى، وكذلك لو كان مغصوبًا من غير الجيش.

واختلف إذا غصبه من غاز، وهو مراده بقوله: (ومن الجيش) فقال ابن القاسم: سهماه لربه، وبه أخذ محمد. وقال أشهب وسحنون: سهماه للغاصب، وعليه أجرة مثل الفرس.

سحنون: إلا أن يأخذ بعد انتشاب القتال فيكون لربه.

ابن عبد السلام: ومن الشيوخ من يذكر القولين في هذه المسألة على الإطلاق من غير تفصيل في الفرس، هل غصب من غنيمة أو من غيرها.

وفي الفرس المستعار قولان؛ أحدهما: أن سهميه للمقاتل عليه، وهو لمالك في "الْمَوَّازِيَّة"، وأحد قولي ابن القاسم. والثاني: لربه، وهو أحد قولي ابن القاسم.

المازري: وسبب الخلاف: أن السهمين أضيفا للفرس، فهل يقال ذلك لأجل فارسه والفرس تبع، أو هما للفرس؟ فإن قدرنا ذلك مستندًا للفرس والفارس كالتَّبع كان السهمان للمعير، لا سيما إذا راعينا المقصود، وقلنا: لم يقصد المعير إلا هبة حركة الفرس، لا هبة ما نشأ عن الحركة، وإذا قدرنا أنَّهما للفارس جاء القول الآخر، وخرج القولين في مسألة الغصب على هذا الأصل، فعلى قول من أسند السهمين للفارس يكونان للغاصب، وعلى القول بإسنادهما للفرس يكونان كغلات المغضوب، وفي ذلك

خلاف يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

خليل: وعلى هذا لا يبعد أن يخرج قول بأن يكون السهمان لربها، وإن لم يكن حاضرًا في الجيش.

المازري: وأما إن قاتل على فرس حبس، فإن السهمين للمقاتل عليه، أما على أن السهمين للفارس فواضح، وأما على أنهما للفرس؛ فلأن المحبس لما حبس هذا الفرس، وأخرجه عن ملكه صار قائدًا لتسليم حركاته، وما يكون عنها، قال: ولو أن عبدًا قاتل على فرس سيده، فإن قلنا: إن السهمين مستندان للفرس كان ذلك لسيده، وإن قلنا: إنهما مستندان للفارس، فهذا العبد ممن لا يسهم له، فهذه المسألة لا أعرف فيها نصًّا، وفيها نظر على هذين البناءين.

فَرْعٌ: إذا كان الفرس بين رجلين فسهماه لمن حضر به القتال، وإن كان الآخر قد ركبه في أكثر الطريق، وعلى المقاتل أجرة نصيب شريكه، فإن شهدا القتال عليه معًا، فلكل واحد مقدار ما حضر عليه من ذلك، وعليه نصف الإجارة. قاله مالك في "كتاب ابن سحنون".

(ص): **(والغُلُولُ في غير الطَّعام ونحوه وآلات القتال مُحَرَّم إِجْمَاعًا، وأَمَّا الطعام، فلكُلٍّ أخذ حاجته)**

(ش): (الغلول) اصطلاحًا: هو الخيانة من المغنم.

واختلف اللُّغويُّون هل هو مقصور على الخيانة من المغنم، وهو مذهب أبي عبيد، أو عام في كل خيانة وعليه الأكثر. وهذا فيما فعله ثلاثي؛ وهو: (غَلَّ يَغُلُّ) بضم الغين في المضارع، وأمَّا الرُّباعي؛ وهو: (أَغَلَّ يَغِلُّ)، فهو الخيانة على الإطلاق.

ابن قتيبة: وسمّي بذلك؛ لأن من أخذه كان يغله في متاعه؛ أي: يدخله.

ونقل المُصَنِّف، وسحنون، وابن حبيب، وغيرهم: ويؤدَّب الغال، ولا يحرق رحله، ولا يمنع سهمه، وإن جاء تائبًا أخذ منه ولم ينكَّل؛ لأنَّ التعازير تسقط بالتَّوبة.

وقال مالك في "العُتْبِيَّة": ما سمعت فيه شيئًا، ولو أدب لكان لذلك أهلا.

وحمل في "البَيَان " ما قاله ابن القاسم وغيره من السقوط على أنَّه تاب من قبل القسم، ورد ما غل في المغانم، وأمَّا لو تاب بعد القسم لما سقط عنه الأدب عند

جميعهم، واختُلف هل يجوز أخذ ما قل؟ فقال في "الْمُدَوَّنَة[١]" في جلود البقر تكون في المغانم: لا بأس أن يُتَّخذ منها نعال وخفاف إذا احتيج إليها.

وقال ابن نافع: لا يجوز فيما له ثمن، وإن احتاجوا إليها.

وقول المُصَنِّف: (في غير الطعام) يوهم أنَّه في الطعام أيضًا غلول، وليس كذلك، فإن ما يأخذه المجاهد من الطعام المحتاج إليه مباح، سواء أخذه خفية أو ظاهرًا، وربما ندب الأخذ للتقوِّي على العدو، ولهذا قال: وأما في الطعام فلكُلٍّ أَخْذُ حاجته، يريد بغير إذن الإمام، والأصل في هذا ما في "الصحيحين " عن عبد الله بن مغفل، قال: أصبت جراب شحم يوم خيبر، فقلت: لا أعطي منه شيئًا، فالتفَّت " فإذا برسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يتبسَّم"[٢].

فأقرَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على أخذه، وفي "البخاري " عن ابن عمر: "كُنَّا نُصِيبُ فِي مَغَازِينَا الْعَسَلَ وَالْعِنَبَ، فَنَأْكُلُهُ، وَلا نَرْفَعُهُ"[٣].

(ص): (وفي أخذ الأنعام الحيَّة للذبح قولان، ثم يرد ما فضل)

(ش): القول بالجواز هو المعروف ذكره في "الْمُدَوَّنَة[٤]" و"الموطأ " وغيرهما، والقول الآخر لم أره معزوًّا، وإذا أخذ الأنعام للحاجة، فله أخذ جلدها إن احتاج إليه، وإلا ردَّه للمغانم.

(ص): (وفي السِّلاح ونحوه بنيَّة الرد للقسم قولان، وكذلك ثوب يلبسه أو دابَّة يركبها إلى بلده)

(ش): احترز بنيَّة الرد مما لو أخذها بنيَّة التَّملك، فإن ذلك لا يجوز باتفاق، ونقله ابن بشير، والقولان في "الْمُدَوَّنَة[٥]" ففيها: وللرجل أن يأخذ من الغنم سلاحًا يقاتل به ويرده، أو دابة للقتال أو ليركبها لبلده إن احتاجها ويردها إلى الغنيمة، فإن كانت قد قسمت باعها وتصدَّق بالثمن، والسلاح كذلك، وكذلك ما يحتاج إلى لبسه من ثياب، وروى علي وابن وهب أنَّ مالكًا قال: لا ينتفع بدابة ولا سلاح ولا ثوب، ولو جاز ذلك

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥١٨.

(٢) أخرجه البخاري، برقم (٤٢١٤) ومسلم، برقم (١٧٧٤).

(٣) أخرجه البخاري، برقم (٢٩٨٥).

(٤) المدونة الكبرى ١ / ٥١٨.

(٥) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٠.

لجاز أن يأخذ العين ويشتري به هذا، واختلف الشيوخ في هذا الإلزام؛ فالتزم التُّونُسِيّ جواز أخذ العين ليشتري بها هذا الأشياء على القول الأول إذا دعت إلى ذلك ضرورة، وفرق صاحب " النكت " بأنَّ الشِّراء زيادة تصرُّف فيما أذن فيه، ولا يلزم من جواز التَّصَرُّف في شيء على وجه أن يلزم على سائر الوجوه، وهذا هو الظاهر، ولو كان أخذ العين جائزًا لما كان لإلزام مالك معنى.

نعم ذكر ابن سحنون عن بعض أصحابنا جواز أخذ الطعام وبيعه ليتوصل به إلى ما يباح له أخذه، ورأى في "البَيَان " أن القولين اللذين في "الْمُدَوَّنَة"[1] إنَّما هما فيما عدا الانتفاع بالخيل والسلاح في معمعة الحرب، وإنَّما اختلفوا: هل له أن يمسكها بعد الحرب ويقفل على الخيل أم لا؟

وقول المُصَنِّف: (وكذلك ثوب يلبسه) أي: ففيه القولان، ولو جمع المُصَنِّف الجميع لكان أخصر، واختار اللَّخْمِيّ الجواز في الفرس، والسلاح دون الثوب.

(ص): **(ويجب الرَّدُّ للجيش إلا في اليسير)**

(ش): يعني: أن ما فضل للمجاهد مما أبيح له أخذه، إن كان كثيرًا ردَّه للجيش إن أمكن، وإن كان يسيرًا جاز له أكله؛ لأنَّه إنَّما أبيح للحاجة، والزائد غير مُحتاج إليه، ولوحظ في اليسير أنَّ قدر الحاجة لما لم يكن منضبطًا بقدر معلوم، بل يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة، صار داخلا فيما دَعَتْ الحاجة إليه.

مالك: وإذا أخذ طعامًا ثُمَّ استغنى عنه، فليعطه لأصحابه بغير بيع ولا قرض.

وما حد اليسير؟

ابن القاسم: له حبس ما لا ثمن له وما ثمنه الدرهم وشبهه.

ابن شعبان: وما ساوى نصف دينار فيرد إلى المغنم.

(ص): **(فإن لم يُمكن فكالمجهول يُتَصدَّق به على المشهور)**

(ش): أي: فإن لم يمكن رد الكثير، فالمشهور أنَّه يَتَصدَّق به كالمال الذي جُهلت أربابه، كاللقطة إذا مضى لها عام ولم يعلم لها مالك، فإن قلت: يلزم من تشبيه المُصَنِّف تشبيه الشيء بنفسه، إذ هو بعد افتراق الجيش، ولم تعلم أعيان المقاتلين، كمالٍ جُهلت أربابه، قيل: لا؛ لأنَّ الخمس هنا لبيت المال، وهو معلوم، لكنه كالتابع

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢١.

لما ليس بمعلوم، ومقابل المشهور لابن المواز: أنَّه يُتصدَّق به حتى يبقى اليسير، فيجوز له أكله، وهذا لا يؤخذ من كلام المُصَنِّف واستبعد؛ لأنَّ اليسير يغتفر في نفسه ولا يغتفر مع غيره.

(ص): (**وإن أوصى به ولم يُعلم تحقُّقه فمن الثُّلث**)

(**ش**): هذا الكلام ذكروه في الغلول، ومفهومه: أنَّه لو تحقَّق لكان من رأس المال، والذي نص عليه ابن القاسم وغيره هنا: إنما يكون من رأس المال إذا كان قريبًا ولم يفترق الجيش، وأما إذا تطاول فإنَّه في الثلث؛ وكأنَّ المُصَنِّف رأى أن مع القرب وعدم افتراق الجيش يعلم صدقه، ومع البعد لا يعلم صدقه.

خليل: والأظهر ما يؤخذ من كلام المُصَنِّف، وأنه إذا علم تحققه يخرج من رأس المال ولو طال؛ لأنَّ الوارث حينئذ لا حق له فيه، لا سيما إذا كانت عينه قائمة.

(ص): (**ولو أقرضه لمثله، لم يجب ردُّه إليه**)

(**ش**): لأنَّه إنَّما أبيح له من الطعام ما هو محتاج إليه، وما أقرضه لغيره صار في معنى المستغنى عنه، وصار قابضه هو المحتاج إليه.

اللَّخْمِيّ: وإذا لم يلزم المستقرض رد المثل لم يلزم المشتري رد الثمن.

ابن عبد السلام: والكلام في هذا الفصل يشبه الكلام في طعام الضيف، وأنه كما يقال: لا يُستحق إلا بالأكل لا بوضعه بين أيديهم.

خليل: وما ذكره من أن طعام الضيف إنما يملكه بالأكل، ذكره في "البَيَان " في (باب الأيمان والنذور)؛ لأنَّه قال فيمن دعاه أصحابه ليأكل معهم: ولو أراد كلما قطع لقمة ورفعها إلى فيه أن يجعلها في كمه ويذهب بها إلى بيته ويطعمها لغيره، لم يكن ذلك له إذا لم يأذن فيه أصحابه.

(ص): (**وتمضي المُبادلة بينهم فيه؛ كلحم بعسلٍ أو سمنٍ ونحوه**)

(**ش**): يعني: إذا حصل لأحد من أهل الجيش عسل ولآخر لحم مثلا، فلكل واحد أن يعاوض صاحبه، ولا إشكال أن لكل واحد أن يمنع صاحبه مما بيده إذا كان محتاجًا إليه حتى يبادله. وانظر لو قبض العوض وامتنع من دفع المعوض، وقياس قولهم: لا يجب رد المثل في القرض، عدم جبره على دفع العوض، وأجاز سحنون هنا بدل القمح بالشعير متفاضلا، ومنعه ابن أبي الغمري إلا متساويًا.

اللَّخْمِيّ: والأول أقيس؛ لأنَّ كل واحد منهما إنَّما يعطي ما استغنى عنه، فللآخر أن

يأخذه بغير عوض، وأشار بعضهم إلى التفرقة، قال: إن وقعت المبادلة فيما يستغني كل واحد منهما عنه، فهذا لا يضر فيه التأخير؛ لأنَّ كل واحد من الآخذ والدافع يجب عليه أن يعطيه لمن احتاج إليه، وإن وقعت المبادلة فيما يحتاجان إليه، لكن حاجة كل واحد إلى ما في يد صاحبه أشدُّ من حاجته إلى ما في يده، فهذا تجب فيه المناجزة؛ لأن كل واحد قد ملك ما في يده، ولعل الخلاف هنا كالخلاف في الربا بين العبد وسيده.

اللَّخْمِيّ: واختلف فيمن باع طعامًا واشترى بثمنه طعامًا آخر، فكرهه ابن حبيب، ورأى الثَّمن مغنمًا بخلاف المبادلة.

سحنون: وقال بعض أصحابنا: إن باعه لحاجة ليصرف ثمنه في كسوة أو سلاح ولا شيء عنده، لا بأس به كما لو أخذه من المغنم، فإذا بلغ بلاده تصدَّق به، وإن باعه ليتبادل به كان ثمنه مَغْنَمًا.

فَرْعٌ: اختلف إذا جهل المستقرض أو توهَّم أنَّ الرَّد يلزمه، فقضاه من طعام بملكه، فقيل: يرجع بما دفع إن كان قائمًا، وإن فاته المدفوع إليه، فلا شيء عليه، كمن عوض من صدقة، فظنَّ أنَّ ذلك يلزمه، فإنَّما يرجع مع عدم الفوات وإن فات فلا؛ لأنَّه سلَّط المدفوع إليه، وقال بعض القرويين: يرجع مطلقًا؛ لأنه إنَّما دفع العوض في الغنيمة للشرط.

ابن يونس: والأول هو الصواب.

(ص): (ومن باع شيئًا من ذلك فثمنه للغنيمة)

(ش): تصوره ظاهر.

وفي "العُتْبِيَّة " عن ابن القاسم فيمن باع طعامًا بأرض الحرب ممن يأكله رد الثَّمن في المغنم لا على المبتاع، وحمل اللَّخْمِيّ ذلك على أنَّه باعه من غير الجيش، أو ممَّن خرج لغير الجهاد من أجير أو تاجر، قال: ولو باعه من بعض الجيش ليأكله رد الثَّمن على المبتاع.

(ص): (وأمَّا من نَحَتَ سَرْجًا أو برى سهمًا، فهو له ولا يُخمَّس)

(ش): في "الْمُدَوَّنَة[1]"، مالك: ومن نحت سرجًا أو برى سهمًا أو صنع مشجبًا ببلد العدو فهو له ولا يخمس.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢١.

سحنون: معناه: إذا كان يسيرًا.

اللَّخْمِيّ: وقال ابن الماجشون: إن كان له قدر أخذ إجارة ما عمل، والباقي يصير فيئًا.

قال ابن يونس: وكذلك في "الْمَوَّازِيَّة".

وحمل صاحب "البَيَان" قول سحنون على الخلاف؛ لأنَّه قال: وقد اختلف فيه إذا كان كثيرًا على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه له وله بيعه.

والثاني: أنه يأخذ إجارة ما عمل والباقي فيء، وهذان القولان في "الْمُدَوَّنَة[1]"، ولا يكونان فيها إلا إذا كان كلام سحنون خلافًا.

والثالث: أن جميعه فيء ولا أجرة له في عمله، وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون، وأما اليسير؛ فلا اختلاف أنَّه له، ولا شيء عليه فيه، وهذا الاختلاف إنَّما هو فيما عمل ممَّا لا ثمن له أو مما له ثمن، على مذهب من يرى أنَّ للرجل أن يأخذ من أرض العدو ما لم يحوزوه إلى بيوتهم من أشيائهم المباحة، مثل المسن والدواء من الشجر والطير للاصطياد إذا صادها، وهو قول ابن وهب وابن عبد الحكم.

وأمَّا على مذهب من يرى أنَّه ليس له أن يأخذ شيئًا من ذلك إذا كان له ثمن، وأن ما صاده للأكل حكمه حكم طعام الغنيمة، وأن من باع منه شيئًا جعل ثمنه في المقاسم، وهو قول ابن حبيب في "الواضحة"، وعزاه إلى مالك وأصحابه، فيتخرج على قولين:

أحدهما: أنه يرد في المقاسم ولا أجرة له.

والثاني: أن يكون له أجر مثله، والباقي فيء، انتهى.

وذكر الباجي أن على قول ابن حبيب جمهور الأصحاب؛ لأنه قال: أما ما له قيمة بأرض العدو كالبازي والصقر، فجمهور أصحابنا أنه يكون مغنمًا. وحكاه ابن حبيب عن مالك، قال: وأما ما ليس له ببلد العدو إلا قيمة يسيرة، فروى أشهب عن مالك أنه قيل له: إن بأرض العدو أشجارًا لها ثمن كثير ببلاد الإسلام وحملها خفيف، وشأنها ببلد العدو يسير.

قال: لا بأس بأخذ هذا، وإن أخذه للبيع، ولو جاء به إلى صاحب المغانم لم يقبله

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢١.

ولم يقسمه.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم أنَّ ما أكل من صيد أو حيتان فهو له، وما باعه كان ثمنه فيئًا، وكذلك ما حمله إلى أهله، فباعه إلا اليسير.

(ص): **(والشَّأْنُ قسم الغنائم في دار الحرب، وهم أحق بِرُخصها)**

(ش): هكذا قال في "الْمُدَوَّنَة[1]"، والمراد بالشأن السنة الماضية، وقال أبو الحسن: الشأن يحتمل أن يريد به العمل، ويحتمل أن يريد به الوجه والصواب؛ وهذا ما لم يعرض مانع كخوف من العدو.

وفي القسم بدار الحرب فوائد؛ منها: تغييظ الكفَّار، ومنها: تعجيل الفرحة للمسلمين، ومنها: زيادة الحفظ؛ لأنه إذا عرف كل واحد ماله احتفظ عليه، ومنها: الرفق بهم في تفرقتهم إلى بلادهم، وترك رجوعهم إلى بلد واحد؛ ولهذا قال ابن حبيب: لا ينبغي للإمام أن يبيع شيئًا من متاع الغنيمة الذي لا ينقسم إلا بالنقد.

وفي قوله: (وهم أحقُّ بِرُخْصِها) جواب عن سؤال مقدر؛ لأنَّ بعض العلماء ممن اختار قسمها ببلد الإسلام زعم أن في قسمها ببلد الحرب تضييع الأموال؛ لأنَّها تباع هناك رخيصة، فقال الإمام: هم أحق برخصها؛ أي: لأن ذلك الرخص راجع إليهم؛ لأنهم هم المشترون لها.

وهل تقسم الأثمان أو العروض؟

قال سحنون: إن الإمام يبيع ويقسِّم الأثمان، فإن لم يجد من يشتري، قسَّم العروض خمسة أجزاء بالقرعة.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر قوله: (وهم أحقُّ بِرُخْصِها)، وقال ابن المواز: تقسم السلع أولا على خمسة أجزاء، فيعطى للفيء واحد بالقرعة، ويخيَّر الإمام في بيع البقية وقسم أثمانها، وفي قسمتها من غير بيع بحسب ما تقتضيه المصلحة.

اللَّخْمِيّ، وابن يونس: واختلف في السلع، فقيل: تجمع في القسم ابتداءً، وقيل: إن حمل كل صنف القسم بانفراده لم يجمع، وإلا جمع، وهذا أحسن وأقل غررًا.

وهل تلحق السرية بالجيش في القسم ببلد الحرب؟ أما إن خرجت من بلد الإسلام، فحكمها كالجيش، وأما إن خرجت من الجيش فلا تقسم حتى تعود إليه.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٣.

ابن المواز: وهو قول أصحابنا إلا ابن الماجشون، فإنَّه قال: إلا أن يخشى من تلك السرية مضرة تضييع، وطرح أثقال، وقلة طاعة والي السرية، فتباع الغنيمة، ويلزم كل واحد فقط حفظ متاعه وهو استحسان؛ لأنَّه لا يبيع على الغائب ولا يقسم عليه إلا من يلي أمره، ووالي السرية لا يلي على بقية الجيش.

(ص): **(وإذا ثَبَتَ أن في الغنيمة مال مسلم أو ذمِّيّ قبل القسم، فإن علم ربُّه بعينه حاضرًا أو غائبًا رُدَّ مَجَّانًا، وإن لم يُعلم بعينه، قُسِمَ ولم يُوقف، بخلاف اللُّقطة على المشهور)**

(**ش**): (ثَبَتَ) أي: بطريقة الشرع.

المازري: ويحلف أنه ما باع ولا وهب، ونص البرقي وأبو عبيد على عدم قسمه إذا عرف ذلك واحد من العسكر، قالا: وإن وجد أحمال متاع وعليها مكتوب: هذا لفلان بن فلان، وعرف البلد الذي اشتري منه؛ كالكتان بمصر وشبهه، ولم يجز قسمه، ووقف حتى يبعث إلى ذلك البلد ويكشف عمن اسمه عليه، فإن وجد من يعرفه وإلا قسم.

اللَّخْمِيّ: وظاهر قول مالك وابن القاسم: قسم ما علم بلده، وقَسَّم ابن بشير المسألة على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم ربه بعينه فلا يقسم.

والثاني: أن يعلم أنه لمسلم في الجملة.

والثالث: يعرف بلده وناحيته دون عينه، وذكر في كل واحد منها قولين، ومال الذِّمِّي كالمسلم؛ لاشتراكهما معًا في العصمة، ثم إذا عرف ربه وكان حاضرًا ولم يقسم دفع إليه مجانًا، أي: بغير عوض، وإن كان غائبًا، فقال محمد: إن كان حمله خيرًا لربه فعل ذلك وأخذ منه الكراء، وإن لم يكن حمله أوفق بيع وينفذ الإمام فيه البيع، ولا يكون لربه غير الثمن.

قوله: (وإن لم يُعْلَمْ بعينه) أي: وإن عرف أنه لمسلم أو لذمي، ولكن لم يعرف بعينه، فالمشهور: أنَّه يقسم تغليبًا لحق المجاهدين.

وقال ابن المواز وعبد الوهاب: يوقف.

ابن عبد السلام: لكن مذهب ابن المواز يوقف ما رجي العلم بصاحبه، وظاهر كلام القاضي وقفة مطلقًا.

تنبيهات:

الأوَّل: ابن عبد السلام: قول المُصَنِّف (ثبت) وشرط الثُّبوت مع العلم بعين المالك مخالف لعبارة أهل المذهب في هذه المسألة، وهي قولهم: فإن عرف ربه؛ لأنَّ لفظ الثُّبوت إنَّما يستعملونه فيما هو سبب للاستحقاق كالشاهدين وما يقوم مقامهما، ولفظ المعرفة والاعتراف وشبههما يستعملونه فيما هو دون ذلك، أو فيما يشمل البينة، أو ما دونها.

وفي كلام أبي عبيد والبرقي: المتقدِّم دليل على ذلك، ومنه استعمال لفظ المعرفة في اللقطة، ومعرفة العفاص والوكاء.

والثاني: قوله: (على المشهور) راجع إلى ما قاله ابن راشد، والفرق على المشهور بين اللُّقطة وما لم يعرف ربَّه ينبني على قاعدة؛ وهي: أن المشركين إذا غنموا شيئًا من أموال المسلمين على سبيل القهر، هل يبقى له فيه شبهة الملك، وإذا أسلموا تقرَّر ملكهم عليه؟

وهو مذهبنا ومذهب أبي حنيفة؛ لأنَّ القهر والغلبة وجه يملك به المسلم مال المشرك، فجاز أن يملك به المشرك، كالبيع والصلح؛ ولأنَّهم لو أتلفوا شيئًا مما حصل في أيديهم، ثُمَّ أسلموا لا يطالبون بذلك بالإجماع، ولولا الشبهة لغَرِمُوا، وخالفنا الشافعي فنفى الشبهة، ولعل نفي الغرامة عنه في الاستهلاك لاستئلافهم على الإسلام، وإذا تقرَّرت هذه القاعدة ظهر لك الفرق؛ لأنَّ الغانمين تنزَّلوا منزلة من له شبهة الملك، واللُّقطة لا حق فيها للملتقط.

(ص): **(وبيعت خدمة المعتق إلى أجلٍ، والمُدبَّر، والمُكاتب، بخلاف أُمِّ الولد إن ثبت ذلك)**

(**ش**): يعني: إذا فرغنا على المشهور في بيع مال المسلم إذا لم يعلم مالكه بعينه، فكان من مال المسلم معتق إلى أجل، أو مدبر، أو مكاتب، أو أم ولد، فإنه تباع خدمة المدبر والمعتق إلى أجل؛ لأنَّ خدمتهما ملك لسيدهما، ولا تباع خدمة المكاتب وأم الولد؛ أما المكاتب؛ فلأنه أحرز نفسه وماله، فلم يبق لسيده فيه إلا الكتابة، وأما أم الولد؛ فإنما لسيدها فيها استمتاع، وهو مما لا يقبل المعاوضة؛ ولا إشكال في بيع خدمة المعتق إلى أجل لانضباطها، وكذلك بيع كتابة المكاتب، ثُمَّ إن أدى الكتابة أعتق، وكان ولاؤه للمسلمين، وإن عجز رق لمشتريها.

وأما المدبِّر؛ فقال سحنون كالمُصَنِّف: إنه لا يدخل من المدبر في المغانم إلا خدمته.

ابن أبي زيد: يريد يؤاجر بمقدار قيمة رقبته، فتجعل تلك القيمة في المقاسم ويتصدَّق بذلك إن تفرق الجيش.

قال ابن عبد السلام: ظاهر كلام المُصَنِّف أنَّه يباع جميع خدمة المدبر، وليس بصحيح؛ لأنَّها محدودة بحياة السيد، وهي غير معلومة الغاية، وإنَّما ينبغي أن يؤاجر زمنًا محدودًا بما يظن حياة السيد إليه، ولا يزاد على الغاية التي تذكر في (كتاب الإجارة)، ثم إن عاش المدبر وسيده بعد تلك المدة تكون الخدمة الزائدة كاللقطة لافتراق الجيش وعدم العلم بأعيان من يستحقها.

(ص): (**ولو جهل الوالي أو تأوَّل، فقسم ما وجب لمالكه، فثالثها: يمضي التأويل**)

(ش): يعني: فلو قسم الوالي مال المسلم المعين، وهو معنى قوله: (وما وَجَبَ لِمَالِكِه) إما جاهلا بالحكم، أو متأوِّلا في الأخذ بقول بعض العلماء، فقال سحنون: يمضي؛ لأنه حكم وافق اختلافًا بين الناس، لأنَّ الأوزاعيّ قال: لا يأخذه ربه إلا بالثَّمن لو عرف بعينه، وعدم الإمضاء لابن القاسم، وابن حبيب ويأخذه ربه بغير ثمن.

والثالث: لم أره، وذكر ابن عبد السلام: أنَّه مختار الأشياخ، ولم يسقه ابن بشير على أنَّه خلاف، بل قال بعد القولين: وهذا في التَّأويل ظاهر؛ لأنَّه حكم بما اختلف الناس فيه، ونقضه هو المشكل إلا أن يتأوَّل على أنَّه لم يُتأوَّل على أنه لم يتأول موافقة الخلاف، وإنَّما تأوَّل القسم من غير أن يعرف كون ذلك مذهبًا لأحد.

وأما إذا جهل؛ فقد اعترض الأشياخ القول بمضيه؛ لأنَّ الجاهل لا يعذر بموافقته للمذهب.

(ص): (**فإن ثَبَتَ بعد القسم فلمالكه إن شاء أخذه بثمنه إن عُلِم، وإلا فبقيمته**)

(ش): هذا قسيم قوله: (قبل القسم) يعني: وإن ثبت أنه مال مسلم معين بعد القسم، فلمالكه أخذه إن شاء بثمنه؛ أي: بالقدر الذي قوم به في الغنيمة، قال صاحب " الاستذكار " وغيره: وسواء دخله زيادة أو نقص، كما لو عمي أو تعيب بغير ذلك؛ لأنه إنما يستحقه بسبب قديم كالشفعة.

قال في "الْمُدَوَّنَة"[١]: وإن أراد به أخذه لم يكن لمن هو في يده أن يأبى ذلك.

قال في "البَيَان": ولا خلاف في المذهب أنَّ لرب السلعة أن يأخذها إن شاء، وإن لم يعلم ذلك القدر أو يشتره أخذه بالقيمة.

ابن راشد: وتكون القيمة يوم القسم.

خليل: وهو مقتضى كلامهم.

وقال ابن عبد السلام: يريد - والله أعلم -: بقيمته يوم أخذه، ويحتمل بقيمته يوم القسم.

(ص): **(ولو بيع مرارًا ففي تعيين الثمن الأوَّل أو يَتَخيَّر كالشفيع قولان)**

(**ش**): القولان لسحنون، قال أولا: إذا تداولته الأملاك أخذه بأي ثمن شاء، ثم رجع، فقال: يأخذه بما وقع في المقاسم بخلاف الشفعة؛ إذ لو سلم الشفعة في بيع بعد ذلك، وهو قول ابن القاسم، رواه عنه سحنون في "العُتْبِيَّة"، واحتجَّ بهذا، وصرَّح ابن راشد بمشهورية تعيين الثمن الأول.

وخرج اللَّخْمِيّ وصاحب "البَيَان" في هذه المسألة قولا ثالثًا ممَّا وقع في الذي يشتري عبدًا من بلد الحرب ثُمَّ يقدم فيبيعه، أنَّه لا يكون لصاحبه إلا ما بين الثمنين، وفيه نظر.

(ص): **(وإذا قُسِمَت أُمُّ الولد جهلا؛ ففيها: يفديها ربُّها بالثَّمن جَبْرًا، وقيل: بالأقل، وقيل: بقيمتها، وقيل: أو الإمام، وفي "الموطأ": يفديها ربُّها إن امتنع الإمام، ويتبع ذِمَّتَهُ إن كان فقيرًا)**

(**ش**): قوله: (جهلا) أي: بأنها أم ولد، وظن أنها قِنٌّ، لا أنه قسمها وهو يعلم أنها أم ولد وجهل الحكم، فإن هذه يأخذها ربها بغير ثمن اتفاقًا.

وأما الوجه الأول؛ فمذهب "الْمُدَوَّنَة"[٢]: أنه يفديها ربها بالثَّمن جبرًا؛ أي: بما وقعت عليه في المقاسم، وإن كان ذلك أضعاف قيمتها، ولا خيار له، وهو معنى قوله: (جبرًا)، وأحسن منه (إجبارًا)؛ لأنَّ أكثر استعمال العرب الفعل في هذا الباب رباعي، وقال المغيرة وأشهب: يفديها بالأقل من القيمة والثمن وهو أظهر؛ لأنَّه قد يزيد في الثمن لغرضه، فلا يلزم ذلك ربها، وفي إلزامه القيمة إذا كانت أكثر من الثَّمن،

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٤.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٤.

ضرر بالسيد.

وقوله: (وقيل: بقيمتها) ظاهره: ولو زادت على الثمن، ولم أره.

وقوله: (أو الإمام) هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها إسقاطه ولا كلام على الإسقاط.

وأما على إثباتها؛ فالأولى لو قال: وقيل: الإمام؛ لأنَّ ابن بشير وغيره ذكر قولا بأنه يفديها الإمام.

وفي "الموطأ": يفديها الإمام، فإن لم يفعل، فعلى سيدها أن يفديها، وهذا معنى قوله: (وفي الموطأ: يفديها ربها إن امتنع الإمام)، ولم يصرِّح في "الموطأ " بماذا تُفْدَى، وكأنَّه رأى في "الموطأ " أن سيدها لما كان مُجْبَرًا على افتكاكها والإمام أدخله فيها، كان على الإمام أن يغرم ذلك.

قوله: (ويتبع ذمته إن كان فقيرًا) يعني: حيث خاطبنا السيد بالفداء، فإن كان موسرًا، أخذ منه، وإن كان معسرًا، أتبع به.

(ص): **(فلو ماتت أو مات سيِّدُها قبل أن يعلم بها لم يُرجَعْ عليه بشيء)**

(ش): لأنَّ الفِدَاء ليس بدين ثابت في ذمَّة السيد، وإنما هو لتخليص رقبتها، فإذا ماتت فقد تخلَّصت رقبتها، وكذلك إن مات سيدها؛ لأنها تَصِير حرة، فلذلك لم يكن على السيد في موتها، ولا في تركته شيء إن مات، وهذا الفرع لسحنون.

ونقله صاحب " النوادر"، واللَّخْمِيّ، وابن يونس، كما نقله المُصَنِّف؛ أعني: في جعل الغاية العلم بها، فقول ابن عبد السلام: ولم يجعل سحنون الغاية كالمُصَنِّف، بل جعلها الحكم ليس بظاهر، نعم نقل الباجي عن سحنون مثل ما ذكره.

(ص): **(فإن قُسِمَ المُعتَق إلى أجل خُيِّر السَّيِّد، فإن فداه رجع إلى حاله، وإن أسلمه كان إسلامًا لخدمته فقط إلى أجله فقط، وقيل: إلا أن يستوفي ثمنه قبله، فيرجع إلى السيد، فَإِنْ بقي شيء ففي اتِّباع العبد به قولان)**

(ش): لا خفاء أنه لو علم أنَّه معتق إلى أجل وعرف سيده أنَّه يوقف له، وإن لم يعرف بيعت خدمته، ودخلت في المقاسم على المشهور كما تقدَّم.

وأما إن لم يعلم أنَّه معتق إلى أجل وقسم ثم عرف صاحبه بعد ذلك، فإنه يخير سيده بين أن يفديه بما وقع به في المقاسم أو يسلمه؛ فإن فداه رجع إلى حاله، وإن أسلمه قال المُصَنِّف: (كان إسلامًا لخدمته فقط... وقيل: إلا أن يستوفي). حاصله: أنَّه

هل يسلم الخدمة تمليكًا أو على التقاضي، والقول بالتمليك نقله في "النوادر " عن ابن القاسم، ولفظه: والمعتق إلى أجل حين أسلمه صارت خدمته، وإن كثرت للمبتاع حتى يحل الأجل ويعتق، فإن بقي له شيء أتبع به، قال: وروى أبو زيد عن ابن القاسم في المعتق إلى أجل يتم الأجل، ولم يستوف المشتري من الخدمة ما بقي له، أنَّه لا يتبعه بشيء، وهذا هو الصواب، ورجوع منه عن قوله الأول، انتهى.

والقول بأنه إنَّما يأخذ القيمة على التقاضي، وأنه يرجع إلى السيد إن بقي من الأجل شيء، نقله ابن يونس عن سحنون، وإن تَمَّ الأجل ولم يوف عُتِق، وإن لم يتبع بشيء.

وقد ذكر اللَّخْمِيّ أيضًا الخلاف في الخدمة؛ هل تعطى تمليكًا، أو على التقاضي؟ وهل يتبع إذا أعتق بما بقي أم لا؟

كما ذكر المُصَنِّف، وقول ابن عبد السلام: الموجود هنا هو قول سحنون ليس بظاهر.

(ص): **(وكذلك المُدَبَّر، فإن مات سيد المُدَبَّر قبل الاستيفاء خرج من ثُلُثِه حرًّا، وفي اتِّباعه بباقي الثَّمن قولان، ويُقوِّم عبدًا من ماله، ولذلك لو لم يترُك غيره عُتِق ثُلُثُه ورقَّ باقيه ولا قول للورثة بخلاف الجناية، وقيل: يُخيَّرُون كالجناية)**

(ش): يعني: إذا قسم المدبر ولم يعلم أنَّه مدبر، فإن فداه سيده رجع إلى حاله، وإن أسلمه، فكما تقدَّم في المعتق، فإن مات سيد المدبر، فإما أن يخرج من ثلثه أو لا، فإن خرج حكم بحريته.

وهل يتبع بما بقي عليه مما وقع به في المقاسم؟

ذكر في "الْمُدَوَّنَة[1]" في (باب المدبر) قولين: مذهب ابن القاسم اتباعه، وقال غيره: لا يتبع.

وعن ابن الماجشون ثالث بالفرق بين المدبر يقع في المقاسم، فلا يتبع، وبين المشترى من دار الحرب فيتبع، واستصوبه محمد.

خليل: وينبغي أن يقيد قول من قال بعدم الاتباع هنا، وفي المعتق إلى أجل بما إذا لم يكتماه، وأما إن كتماه فيرجع عليهما لغرورهما، وإن لم يخرج عتق منه محمل

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٦.

الثلث، وهل يتبع الجزء العتيق بما ينويه؟

القولان، وأما الجزء الذي لم يعتق، فقال ابن القاسم: يسلم رقًّا لمن هو في يده، ولا يُخيَّر الورثة في إسلامه وفدائه بما ينوبه، كما يُخيَّرون في ذلك في الجناية إذا جنى المدبر وأسلمه سيده للمجني عليه ثُمَّ يعتق بعضه، وقيل: يُخيَّرون كالجناية، والفرق بينهما على المشهور أن المشتري في المغانم إنما اشترى الرقبة، فالسيد لما أسلمه، فقد أسلم ما اشترى - وهو الرقبة -، وقد آل الأمر إلى الرقبة؛ فهي شيء آخر، وفيه نظر؛ لأنَّه مبنيّ على أنَّ السيد في الغنيمة أسلم الرقبة، وليس كذلك، وإنَّما أسلم الخدمة، إلا أن يلاحظ كونه دخل ابتداء على مالك الرقبة.

(ص): (**وإن قُسِمَ المكاتب، فقال ابن القاسم: إن أدَّى ما اشتُري به عاد مُكاتبًا لسيِّده، وإن عجز فكعبدٍ أَسْلَمَ أو فُدِي كالجناية. وعن عبد الملك: إن أسلمه السيد، فعَلَى كتابته**)

(**ش**): يريد: ولم يعلم أنه مكاتب، فقال ابن القاسم: يقال له: أدِّ ما اشتراك به هذا، كما يقال له: أدِّ الجناية، فإن أدَّاه رجع مكاتبًا، وإن عجز كان ذلك عجزًا عن الكتابة كما في الجناية أيضًا.

ويخيِّر سيده بين أن يسلمه عبدًا أو يفديه.

ورجع سحنون إلى هذا القول بعد أن قال: يخير السيد أولا بين أن يفديه أو يسلمه، فإن فداه بقي له مكاتبًا، وإن أسلمه قيل للمكاتب: أدِّ ما صرت به لمن أنت في يده وتمضي على كتابتك، فإن عجز عن ذلك، فهو كمكاتب عليه دين فلس به، فإنه يعجز.

قوله: (وعن عبد الملك) يعني: أن المكاتب الذي قد قسم يخيَّر سيده في فدائه وإسلامه، فإن فداه بقي على كتابته، وإن أسلمه لم يلزم المكاتب غير كتابته فقط، يؤديها على نجومها، ويخرج حرًّا ولا يتبع بشيء، فإن عجز رق لمشتريه، ولم يكن لسيده فيه خيار ولا رجعة، وترك المُصَنِّف من قول عبد الملك: ولا يتبع بشيء إذا خرج حرًّا، وإن عجز رق لمشتريه، ولم يكن لسيده فيه خيار ولا رجعه، وهذا مخالف لما حكيناه عن سحنون؛ لأنَّه على قول عبد الملك: إذا أسلمه لا يلزمه غير الكتابة، وعلى قول سحنون يقال له: أدِّ ما صِرتَ به.

قال عبد الملك: وأما إن اشتري المكاتب من العدو ولم يفده سيده؛ فإنه يقال

للمكاتب: أدِّ لمشتريك الثمن الذي اشتراك به، وتبقى على كتابتك تؤديها إلى سيدك وتخرج حرًّا، وإن لم تفعل رقّقت الساعة لمشتريك، وهذه الأقاويل؛ حيث لم يؤدِّ المكاتب لمن وقع له شيئًا، وأمَّا إن أتى سيده وقد أدى بعضها وأراد افتكاكه، فاختلف الشيوخ؛ فمنهم من قال: يكون كبيع قد فات، فإن كان قد قبض نصف الكتابة أو ثلثها - يريد بالقيمة لا بالعدد - مضى لمن هو في يده ما قبض، وأخذ سيد المكاتب ما بقي بنصف الثمن أو ثلثه.

ومنهم من قال: هو كبيع لم يفت، فإذا شاء سيده افتكاكه، دفع لمن هو في يده جميع ثمنه وأخذ ما كان قبض من المكاتب.

(ص): (ومن صارت إليه جارية أو غيرها، وعلم أنَّها لمُسْلم مُعيَّن لم تَحِلَّ له حتَّى يخيَّر صاحبها)

(ش): قوله: **(أو غيرها)** يريد من سائر السلع، وكذلك قال في "الْمُدَوَّنَة[1]".

قوله: (لمُسْلِم) يريد: أو ذمِّي كما تَقَدَّم، وإنَّما لم تحل؛ لأنها مملوكة للغير وانتقالها عن ملكه موهِم، لا سيما في الفرج، وعلى القول بأن العلم بربها لا يمنع من قسمتها إذا كان غائبًا يجوز له التَّصرُّف هنا.

(ص): (وإذا تُصرِّف في الرَّقيق بالعِتْقِ المُنْجَز أو الاستيلاد مَضَى على المشهور، وإن أُعْتِقَ إلى أجلٍ فأجراه اللَّخْمِيّ عليه)

(ش): يعني: أن من وقع في سهمه عبد أو أمة أو اشتراهما من حربي، فأعتق العبد عتقًا ناجزًا، أو استولد الأمة، فالمشهور أنه فوت ولا شيء للسيد، قاله في "الْمُدَوَّنَة[2]".

وفي "الْمَوَّازِيَّة" عن أشهب: أن له نقض عتق العبد ويأخذه بالثمن.

وذكر سحنون عن أشهب في الاستيلاد: أن له أن يأخذ الأمة وقيمة ولدها، وبه قال ابن القاسم أولا كالاستحقاق، ورأى في المشهور أن هذا أضعف؛ لأنَّ المستحق يأخذه بغير عوض، بخلاف هذا.

وقوله: (تُصرِّف) يضبط مبنيًّا لما لم يسم فاعله؛ ليعم تصرفه وتصرف من باع له أو وهب له وغير ذلك.

واختلف الشيوخ على المشهور لو اشترى العبد من المقاسم على أن يرده على

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٧.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٧.

صاحبه فأعتقه، فقال القابسي وأبو بكر بن عبد الرحمن: يمضي عتقه كالأول، وقال ابن الكاتب لا يمضي؛ لأنَّه دخل على الرد على صاحبه.

اللَّخْمِيّ: ويختلف إذا أعتق إلى أجل، فيمضي على قول ابن القاسم، ويرد على قول أشهب.

وهذا معنى قوله: (فأجراه اللَّخْمِيّ عَلَيْه).

ابن بشير: ويبعد أن يجرى عليه لعدم إنجاز العتق، فيقوى هنا على الرد.

(ص): **(ولو قُسِمَ المُسْلِم أو الذِّمِّي جهلا لكسوتهما، فثالثها: إن عُذِرَا في السكوت بأمر لم يُتَّبَعا)**

(ش): لا خلاف في حريتهما، وإنما اختلف في اتباعهما، والقول بالاتباع لأشهب، وبعدمه لمالك وابن القاسم وسحنون.

اللَّخْمِيّ: لم يفرق في هذين القولين: هل كان جاهلا أو عالمًا؟

وقال ابن القاسم: إن كان صغيرًا أو كبيرًا قليل الفطنة، كثير الغفلة، أو أعجميًّا يظنُّ أنَّ ذلك رقٌّ له لم يتبع، وإن نودي عليه وهو ساكت بلا عذر أُتبع إذا لم يجد المشتري على من يرجع. وقال غيره: لا يتبع ولو غر.

واختلف الشيوخ في إبقاء هذه الأقاويل على ظاهرها في المسألة أو تأوّل، فذهب المؤلِّف وبعضهم إلى بقائها على ظاهرها كما تَرَى.

وقال اللَّخْمِيّ: لا يختلف إذا كان المبيع صغيرًا؛ لأنَّه لا رجوع عليه.

وقال ابن رشد: لا خلاف أنه إذا عذر بجهل لا شيء عليه، وإنَّما اختلف إذا لم يعذر بجهل، وطريقة ابن رشد مخالفة للَّخمي؛ لأنَّ ابن رشد أخرج من يعذر بجهل مطلقًا من الخلاف، واللَّخْمِيّ إنَّما أخرج الصغير، وكلاهما خلاف طريقة المُصَنِّف وابن بشير؛ لكونهما أطلقا الخلاف.

وأشار في "البَيَان " إلى أن هذا الخلاف جارٍ على الغرور بالقول.

ابن عبد السلام: وبالجاري عندي على مشهور المذهب أنَّه غرور بالفعل، وأنه موجب للغرم؛ لأنَّ سكوته مع علمه وإسلامه نفسه لمشتريه فعل، ومسائل الغرور في النكاح تشهد لذلك.

اللَّخْمِيّ: وكل هذا إذا افترق الجيش وكانوا لا يعرفون لكثرتهم، فإن لم يفترق الجيش أو عرفوا بعد الافتراق رجع عليهم المشتري أو من صار في سهمه.

ابن القاسم: ينبغي للإمام أن يغرم لمن وقع في سهمه من بيت المال.

وقال ابن مسلمة: على الإمام أن يؤدي ذلك من الفيء أو الخمس.

وقال سحنون: لا شيء عليه ولا يعطى من الخمس أو بيت المال، وهي مصيبة نزلت به.

(ص): (ومن عاوض في دار الحرب على مالٍ لمسلمٍ أو ذمّيٍ فلمالكه أخذه بثمنه اتّفاقًا)

(ش): تقدَّم أن للمشركين فيما أخذوه شبهة الملك، فإذا دخل رجل دار الحرب فاشترى منهم مال مسلم لم يكن كالمشترى من الغاصب، بل إنَّما يأخذه ربه بالثَّمن؛ فإن كان عينًا دفع مثله حيث لقيه أو حاكمه، إن كان مثليًّا أو عرضًا دفع إليه مثل ذك في بلد الحرب، وإن كان الوصول إليها ممكنًا، كمن أسلف ذلك، فلا يلزمه إلا مثله بموضع السلف، إلا أن يتراضيا على ما يجوز.

ابن يونس عن بعض شيوخه: وإن لم يمكن الوصول إليها، فعليه هنا قيمة ذلك المكيل ببلد الحرب، والاتفاق الذي حكاه المُصَنِّف حكاه ابن بشير.

(ص): (وفي أخذ ما فُدِيَ من اللُّصوص مجانًا قولان)

(ش): يعني: أنه اختلف إذا فدي شيء من أيدي اللصوص؛ هل لا يأخذه ربه إلا بالثمن كالمشتري من يد العدو؟ أو يأخذه هنا بغير شيء؛ لأنَّ اللِّص ليس له شبهة الملك بخلاف الحربي؟

والقولان ذكرهما ابن بشير، ولم أرهما معزوين.

ابن راشد: والثاني أقيس.

وقال ابن عبد السلام: الذي مال إليه من أرضى من شيوخي الأول؛ لكثرة النهب في بلدنا، فيعمد من له وجاهة عند الأعراب، فيفتك منهم ما ينهبونه بأقل من ثمنه، فلو أخذه مالكه بغير شيء انسد هذا الباب مع الحاجة إليه، وكثيرًا ما يسأل من هو منتصب لهذا هل تجوز له الأجرة؟ ولا شك في المنع إن دفع الفداء من عنده؛ لأنَّه سلف وإجارة، وإن كان الدافع غيره، ففي ذلك مجال للنظر.

(ص): (وإن كان بغير شيء أخذه بغير شيء)

(ش): يعني: فإن أخذه من دار الحرب بغير شيء، وفي معناه ما أخذه من اللُّصوص، كما لو وهبه له الحربي، ولم يكافئه على ذلك، وأمَّا إن كافأه فلا يأخذه

إلا بذلك.

(ص): **(فإن باعه المعارض مضى ولمالكه الزائد إن كان، وخرَّج اللَّخْمِيّ تمكينه على الغنيمة، وخَرَّجَه غيره على الموهوب يُبَاع، وفيه قولان: المشهور: كالمعاوض، وقيل: يأخذه بالثَّمن، ويرجع على الموهوب له بجميع الثَّمن لا غير)**

(ش): يدخل في قوله (المعاوض) المشتري والمكافئ على الهبة.

وقوله: (مضى) أي: البيع.

(ولمالِكِهِ الزَّائد إن كان) كما لو اشتراه بمائة وباعه بمائتين، فلمالكه المائة الزائدة.

اللَّخْمِيّ: ويجري فيها قول بأنَّه لا يكون البيع فوتًا قِيَاسًا على ما بيع في المغانم أنَّ للمستحق أن يرد البيع؛ لأنَّ للمالك في كل من الصورتين أخذ عين شيئه إذا وجده قبل البيع.

وفرق ابن بشير بقوة ملك المالك في مسألة الغنيمة، وضعَّفه في مسألة الشراء، ألا ترى أنه يأخذه في مسألة الغنيمة قبل القسمة بغير عوض، ولا يأخذه في الشراء إلا بعوض.

ولهذا خرَّجه أبو عمران على الذي يهب له الحربيّ مال مسلم فيبيعه الموهوب له، فقال ابن القاسم: ليس لمالكه إلا الثَّمن الذي بيع به خاصة، وإليه أشار بقوله: (المشهور: كالمُعَاوِض).

وقال ابن نافع: له نقض البيع، ولا يأخذه من يد مشتريه إلا بعد دفع الثمن، ثم يرجع المالك على البائع؛ أي: الموهوب له فيأخذ منه جميع الثمن.

وقوله: (لا غير) أي: ليس على الموهوب له غلة، وعلى هذا فيكون قوله: فله جميع الثمن مفرعًا على عدم الإمضاء.

وجعل ابن راشد قوله: فله جميع الثمن لا غير، مفرعًا على عدم القول بالإمضاء؛ أي: فإذا قلنا بإمضاء البيع؛ فالموهوب الذي لم يكافأ عليه يرجع عليه المالك بجميع الثَّمن لا غير.

خليل: وقد يفرق بين الهبة والبيع بأن المعاوض بَذَلَ مالا فقوي ملكه، بخلاف الموهوب.

(ص): **(والمُدبَّر ونحوُهُ إن أُسْلِمَ للمُعَاوض استوفيت خدمَتُهُ ثُمَّ أُتبعَ إن عَتَقَ بجميع الثَّمَنِ، وقيل: بما بَقِيَ)**

(ش): قوله: (ونحوه) أي: المعتق إلى أجل، وقد تقدَّم في المدبر يقع في المقاسم، والمفدي من العدو ثلاثة أقوال، ولم يقدِّم المُصَنِّف في الواقع في المقاسم قولا بإتباعه بجميع الفداء، وظاهر كلام المُصَنِّف أنَّ إتباعه بالجميع هنا هو المشهور، ولم أر من شهره. وعن ابن الماجشون الفرق بين المدبر يقع في المقاسم، فلا يتبع إن خرج حرًّا، ولا الجزء العتيق إن خرج بعضه كالحر لا يتبع في الفيء، وبين من اشتري من بلد الحرب فيتبعه مشتريه بما بقي له بعد أن يحاسبه بقيمة خدمته وما استغل، قال: لأنَّ الحر في هذا يتبع.

محمد بن المواز: وهو صواب، ولا يأخذ أكثر مما أعطى فيدخله الربا.

وقريب مما قاله ابن الماجشون ما ذكره ابن سحنون إلا أنه قال: لا يحاسبه بشيء مما استخدمه، ويتبعه بجميع الثمن، وقال: ولم يأخذ به سحنون، وفي المدبر الواقع في المقاسم قول بأنه لا يتبع بشيء، فانظر هل يجري هنا؟

(ص): (**فإن قدم بأموال مستأمنون ففي كراهة شرائها لغير مالكها واستحبابه قولان**)

(ش): يعني: إذا قدم الحربيون بأمان ومعهم أموال المسلمين، فكره في "الْمُدَوَّنَة[١]" لغير أربابها شراءها، واستحبَّه في "الْمَوَّازِيَّة"، وهو إنَّما يتوجه على أن ربها يأخذها بالثمن، فيكون شراؤها سببًا لخلاصها ولا سيما إذا انضمَّ إلى ذلك رخص في السلع.

واختلف في تعليل الكراهة، فقيل: لأنَّ في ذلك تقوية بثمنها، وقدح فيه بأنه يقتضي الكراهة في شراء سلعهم، وقيل: لما في ذلك من إغراء الحربيين على أموال المسلمين، وعلى هذا فالكراهة أيضًا في حق أربابها، وقيل: لأنَّ شراءها يفوتها على ربها، فإن ابن القاسم نص في "الْمُدَوَّنَة[٢]"، على أنَّه إذا اشترى من المستأمن أحد أنه لا يكون لربه أخذه ولو بالثمن، بخلاف ما يشترى من الحربي ببلد الحرب.

قال في "الْمُدَوَّنَة[٣]": لأنَّ الحربي لو وهب عبيدًا لمسلم في بلد الحرب، فقدم بهم كان لربهم أخذهم بغير ثمن.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٢٩.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٠.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٠.

والذي قدم إلينا بأمان لو وهبهم لأحد لم يأخذهم سيدهم. وإلى هذا الفرع أشار المُصَنِّف بقوله:

(ص): (**وإن اشتُرِيَت أو وُهبت، فالمشهور: كالملك المُحقَّق لا كالأوَّل بناءً على أنَّ الأمان يُحقِق الملك أو لا**)

(**ش**): قد علمت أن المشهور هو ما في "الْمُدَوَّنَة[1]"، ومقابل المشهور أنه كالأول؛ أي: كالمشترى من بلد الحرب، فيأخذه ربه في الشراء بالثَّمن، وفي الهبة بغير شيء، وهو الذي يأتي على مذهب " الْمَوَّازِيَّة " في الفرع السابق، وهو مذهب القاضي إسماعيل؛ لأنَّه قال: لم يحكِ ابن القاسم هذه المسألة عن مالك، والذي يشبه على مذهب مالك أنَّ لصاحبه أن يأخذه في الشراء بالثمن، وفي الهبة بلا ثمن، واستحسنه اللَّخْمِيّ، والفرق لابن القاسم هو ما أشار إليه المُصَنِّف من أن الأمان يحقق لمالك.

(ص): (**وأمَّا لو أسلَمُوا تحقَّق الملك اتِّفاقًا**)

(**ش**): يعني وأما لو أسلم المستأمنون تحقَّق ملكهم لما بأيديهم من أموال المسلمين بالاتفاق تأليفًا لهم على الإسلام.

(ص): (**والمنصوص في أحرار المسلمين نزعُهُم لو أسلموا عليهم خلافًا لابن شعبان**)

(**ش**): لأنَّ الحر لا يسترق، فإذا أسلم المستأمن وبيده أسارى من أحرار المسلمين انتزعوا، وخالف في ذلك ابن شعبان، وأحمد بن خالد؛ وهو قول مشكل، ولا وجه له.

وعلى الأول فظاهر كلام المُصَنِّف، وهو ظاهر الروايات أنَّه يأخذه بغير عِوَض، وقال أبو إبراهيم من الأندلسيين أنه بعوض.

(ص): (**بخلاف الرَّقيق، وبخلاف الذِّمِّي**)

(**ش**): أما الرَّقيق فلأنهم أموال من أموال المسلمين كالسلع، وما ذكره المُصَنِّف في الذمي هو مذهب ابن القاسم، وقال أشهب: هو بذمته كالمسلم فلا يسترق.

ابن راشد: والأول أصح؛ لأنَّ بالذِّمَّة حقًّا علينا، ولم تعقد له الذمة على من كان بأرض الحرب.

(ص): (**وأُمُّ الولد تُفدى، والمدبِّر ونحوه كالمِلْكِ المُحقَّق، ثم يُعتقون من الثُّلث،**

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٠.

أو بعد الأجل لأنَّهم لا يُتَّبعون بشيء ولا قول للورثة)

(ش): يعني: أن سيد أم الولد يفديها من المستأمن بقيمتها؛ لقوة شبهها بالحرة، ونحو المدبر المعتق إلى أجل، يبين لك ذلك قوله بعد هذا: (ثُمَّ يُعتقون من الثُّلُث، أو بعد الأجل) يعني: وأما إن كان بيد المستأمن الذي قد أسلم مدبر أو معتق إلى أجل؛ فإنه يكون فيهم كالمالك المحقق، وليس لسيدهما خيار، فإذا مات سيد المدبر، والثُّلث يحمله كان حرًّا، ولو كان على السيد دين يستغرقه كان رقيقًا للمستأمن، وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه، ورق ثلثاه، وكذلك إذا انقضى الأجل عتق.

والضمير في (يُعْتقون) عائد على المدبر ونحوه؛ لأنَّ المراد بكل واحد الجنس.

وقوله: (من الثُّلُث، أو بعد الأجل) الأوَّل راجع إلى الأول، والثاني إلى الثاني، أي: يعتق المدبر من الثلث، والمعتق إلى أجل بعد الأجل، ولا يتبعون بعد العتق بشيء؛ لأنه ملك الخدمة فقط.

وفي كلام المُصَنِّف حذف مبتدأ تقديره: وهو في المدبر ونحوه كالملك المحقق.

(ص): (**فلو قدموا بمسلمين أحرارًا أو أَرِقَّاء، فثالثها: يُجبرون على بيع الإناث**)

(ش): القول بإجبارهم على البيع مذهب أصحاب مالك إلا ابن القاسم.

ابن الماجشون: ويعطون في كل مسلم أوفر قيمة.

ومقابله لابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة"، قال: لا يمنعون من الرُّجوع بهم، ولا من وطء الإماء.

والثالث: حكاه سحنون عن ابن القاسم، وأجروا هذا الخلاف إذا أسلم عبيدهم، أو عوهدوا على أن من جاء مسلمًا رُدَّ إليهم.

ابن يونس: وأنكر رجل من أهل المدينة يقال له: داود القول بعدم الجبر، فبلغ ذلك مالكًا، فاحتجَّ بما رواه البخاري[1] ومسلم[2]: "أنَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قاضى أهل مكة عام الحديبية على أنَّ من أتى من أهل مكة مسلمًا ردَّه إليهم، فهرب أبو جندل بن سهيل وهو مسلم حتى أتى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فطلبه أبوه في مكة، فردَّه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال: إن لا نخفر بالعهد".

مالك: فكذلك حجة الحربي أن يقول عهدي لا ينتقض، واستصوب جماعة القول

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢٥٥٣).

(٢) أخرجه مسلم، برقم (٤٧٣٤).

الأوَّل؛ لأنَّا وإن أعطيناهم الأمان، فما أعطيناهم ذلك إلا مع إقامة شرعنا، ومن إقامته تخليص المسلمين، ولا كبير مضرَّة عليهم إذا أخذوا قيمتهم، ويجاب عن الحديث بأن ذلك كان في أول الإسلام، وقبل أن يكثر المسلمون.

اللَّخْمِيّ: ولا يجوز ذلك اليوم بعد ظهور الإسلام؛ لأنَّ فيه وهنًا للمسلمين وإذلالا لهم.

(ص): **(ولو سرقوا في معاهدتهم ثُمَّ عادوا به، فثالثها: إن عاد بذلك غيرهم لم يُنتَزَع)**

(ش): تصوُّره ظاهر.

قال في "البَيَان": والأصحُّ أنَّه ينزع.

ونص في "الْمُدَوَّنَة[1]" على أنه يقطع إن سرق، ويقتل إن قتل، وإلى ذلك ذهب ابن الماجشون، وأَصْبَغ، وابن حبيب، وابن المواز أنَّه يؤخذ المستأمن بما أحدث، فإن استكره المسلمة قتل، وإن سرق قطع، وإن قذف حرًّا حد، وإن زنى بمسلمة طوعًا عوقب.

ابن حبيب: عقوبة يشرف بها على الموت. وعن أشهب: أنه لا يحد ولا يقطع. قيل: ويقام عليه حد الحرابة اتفاقًا ويعاقب.

مالك وغيره: وإن أخصى عبده لا يعتق عليه، وكأنَّه أخصاه ببلده.

ابن المواز: وإن لم يقم على الحربي حتى هرب إلى بلد الحرب، ثم عاد بأمان ثانٍ، فيؤخذ بما تقدَّم، ولا يزيله أمانه الثاني.

(ص): **(السَّبْيُ يهدم النِّكاح إلا إذا سُبِيَت بعد أن أسلم الزَّوج وهو حربي أو مستأمن فأسلمت، فإن لم تُسْلِم فرق بينهما لأنها أمة كتابية، وهي وولدها وماله في دار الحرب فيء، وقيل: ولده الصغار تبع وكذلك ماله إلا أن يُقسم فيستحقه بالثمن)**

(ش): أما ما يتعلَّق بهدم النكاح، فسيأتي في (النكاح) إن شاء الله تعالى، فإن المُصَنِّف كرَّر هذا الفصل بعينه هناك، وأما هي؛ فلا خلاف أنها فيء، قاله ابن بشير، وأما ولده وماله، فالمشهور أنهما فيء، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة[2]".

سحنون: وقال بعض الرواة: إن كان ولده صغارًا، فهم تبع لأبيهم، وكذلك ماله إن

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣١.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣١.

أدركه قبل القسم أخذه، وإن قسم فهو أحق به بالثمن، وهذا هو القول الثاني الذي ذكره المُصَنِّف.

وذكر ابن حارث قولا ثالثًا في المال: إن ضموه إلى أموالهم لأجل إسلامه كان فيئًا، وإن تركوه فهو له، وإن قسم أخذه بالثمن.

وحكى ابن بشير في الأولاد قولا بأنهم تبع؛ صغارًا كانوا أو كبارًا، واختلف شراح "الْمُدَوَّنَة[1]" في فهمها؛ لقوله فيها: وإذا أسلم ثمَّ غزا المسلمون بلاده، فغنم المسلمون ماله وولده، قال: هم فيء.

قال التُّونُسِيّ: معناها: أنه خرج، وأمَّا إن لم يخرج؛ فينبغي أن يتبعه ولده وماله؛ لأنَّ غيره لم يجزه، وقد بقيت يده على ماله وولده.

وقال اللَّخْمِيّ: ظاهر قوله أنهم فيء، وإن لم يخرج إلينا، وعلى الأول اختصره البرادعي.

وأشار بعضهم إلى أنَّ الخلاف في أولاده مقصور على ما تزايد منه قبل إسلامه، وأما ما حدث من وطء بعد إسلامه، فلا يسترق اتِّفاقًا.

(ص): **(وإذا سُبِيَت المُسلمة فولدت أولادًا ثمَّ غُنِمَت بهم، فثالثها: المشهور: الصغار أحرار، والكبار فيء)**

(ش): يعني: إذا أسر العدوُّ حُرَّة مسلمة، ثمَّ غُنِمت بعد أن حصل لها في دار الحرب أولاد، فلا إشكال في حريتها؛ واختلف في أولادها، فلمالك في "الواضحة " أنَّهم تبع، وإن كانوا كبارًا، ويجبرون على الإسلام فمن أبى أجبر، فإن تَمَادى قتل كالمرتد؛ لأنَّ الولد يتبع أمه في الحرية.

وقال أشهب: الجميع فيء لأنَّهم نشئوا عن وطء فاسد، وحكى سحنون عنه مثل القول الأول.

والثالث: التفرقة، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة[2]" والمشهور؛ لكن شرط في "الْمُدَوَّنَة" في ولدها الكبار، وفي ولد الذمية الكبار إن قاتلوا فحملها ابن أبي زيد على ظاهرها، وأن الكبار إذا لم يقاتلوا كالصغار.

ورأى ابن شبلون أن هذا الشرط لا مفهوم له، وأن المقصود أن يكونوا على حال

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٢.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٣.

يمكن منهم القتال.

(ص): **(وأمَّا الذِّمِّيَّة؛ ففي صِغَار أولادها قولان، بخلاف كبارهم)**

(ش): ظاهره نفي الخلاف عن الكبار، وبذلك صرَّح ابن بشير.

ابن عبد السلام: وحكى بعضهم في الكبار قولا بالتبعية، والمشهور في الصغار أنهم تبع.

(ص): **(وأمَّا الأمة فالمشهور: أولادها لمالكها، وثالثها: ما ولدته من زوج لمالكها، وما ولدته من غيره فيء)**

(ش): وجه المشهور أن الولد تابع لأمه في الرِّق والحرية، والقول بأنهم فيء مطلقًا لابن الماجشون تغليبًا للدار، والتفرقة لسحنون؛ لأنه إنما تتحقق تبعية الولد للأم إذا كان من تزويج، وأمَّا إذا كان من غير تزويج فكأنَّ الأب وطئ بحكم الملك، ومن وطئ بحكم الملك ولده تبعًا له دون أمه.

(ص): **(وعبد الحربيِّ يُسْلِمُ ويفرُّ إلينا حرٌّ)**

(ش): لأنه غنم نفسه، ولا خلاف فيه.

قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": وإن قدم معه بمال فهو له ولا يخمس.

(ص): **(وكذلك لو بقي حتَّى غُنِمَ على المشهور)**

(ش): يعني: بعد إسلامه ببلده حتى دخل المسلمون بلادهم فغنموه، فكذلك يكون حرًّا على المشهور كما لو خرج إلينا.

وقال ابن حبيب: وهو رقيق للجيش.

ابن يونس: وهو أقيس.

(ص): **(ولا يكون بمجرَّد الإسلام حُرًّا، خلافًا لأشهب وسحنون)**

(ش): خليل: تظهر فائدة هذا الخلاف لو أسلم العبد فأعتقه سيده، هل يكون ولاؤه له إن أسلم أو لا؟ وكذلك تظهر ثمرة الخلاف لو باعه بإثر إسلامه لمسلم، والمشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[2]"، ففيها: ومن أسلم من عبيد الحربيين لم يزل ملك سيده عنه إلا أن يخرج العبد إلينا، أو ندخل نحن إلى بلادهم فنغنمه وسيده مشركٌ فيكون حرًّا، ولا يرد إلى سيده إن أسلم سيده بعد ذلك.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٣.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٥.

وقد " اعتق النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عبيد أهلَ الطائف لخروجهم مسلمين"[١]، وابتاع أبو بكر بلالا فأعتقه، والدار دار شرك، فلوا انتقل ملك ربه عنه كان ذلك فداء، ولم يكن ولاؤه لأبي بكر رضي الله تعالى عنه.

وقال أشهب: إسلام العبد بدار الحرب يزيل ملك سيده، خرج إلينا أو أقام ولم يخرج، وإن اشتري كان كالحر المسلم يفدى، انتهى.

قوله: (وقد " اعتق النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عبيد أهل الطائف ") فهموه على أنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكم بحريتهم لا أنَّه أنشأ فيهم العتق.

(ص): **(ولو خرج مسلمًا وترك سيده مسلمًا فهو رق له)**

(ش): هكذا قال في "الْمُدَوَّنَة[٢]"، وهو ظاهر إنْ أسلم هو وسيده معًا، أو سبق إسلام سيده، وأمَّا إن أسلم قبل سيده، فالجاري على أصل أشهب وسحنون أنَّه لا يكون رقًّا له.

(ص): **(وإن خرج الذِّمِّيُّ ناقضًا للعهد فحربيٌّ)**

(ش): يعني: خرج طالبًا للسكنى ببلد الحرب - أي: تاركًا للعهد -، فحربي ويقتل، ولا خلاف في ذلك.

(ص): **(وإن أُسِرَ ففي استرقاقه قولان؛ بناءً على أنَّ الذِّمَّة تقتضي الحُرِيَّة بدوام العهد أو أبدًا)**

(ش): أي: فإن أسر هذا الذِّمِّي الناقض للعهد، فقال مالك وابن القاسم: يسترق. وهو المشهور.

قال في "البَيَان": واتَّفق على ذلك أصحاب مالك إلا أشهب، فإنه قال: لا يسترق.

ومنشأ الخلاف ما ذكره المُصَنِّف، وتصوُّره بيّن.

اللَّخْمِيّ: وقول أشهب ليس بحسن، وقد " حاربت قريظة بعد أن عاهدهم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقتل الرِّجال وسبى الذرية والنساء"[٣].

قال في "البَيَان": ولا حجة في ذلك عندي؛ لأنَّ الذي كان بين النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وبين قريظة وغيرهم من اليهود إنما كان مهادنة ومعاهدة، ولم يكونوا أهل ذمة،

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير نحوه، برقم (٧٩٧٨) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٦.

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٤٠٢٨) ومسلم، برقم (١٧٦٩).

ورجح قول ابن القاسم بأنَّ الذِّمِّيَّ إذا أَكْرَهَ مسلمة على الزِّنَى يقتل، ولو كانت الذِّمَّة تقتضي التأبيد لم يقتل.

واختلف على المشهور في الزَّمنى والشيوخ، ففي "العُتْبِيَّة": لا يستباحون، وقال ابن الماجشون، وأَصْبَغ، وابن حبيب: يستباحون.

قال في "البَيَان": والخلاف إنما هو إذا جهل رضاهم بذلك.

(ص): **(فإن نقضوا لظلم لحقهم، لم يُسْتَرَقُّوا على المشهور)**

(ش): المشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]" والشاذ للداودي، ووجهه بأنهم ناقضون؛ لأنا لم نعاهدهم على أنَّهم يظلمون المسلمين إذا ظلموهم، وفيه ضعف؛ لأنَّ من فر بسبب ظلم لا يكون ظالمًا حقيقة ولا مجازًا، وعلى هذا فإطلاق المُصَنِّف النقض على خروجهم إنَّما هو مجاز، والعلاقة المشابهة.

(ص): **(ولا يُسترقُّون بالحِرَابَة على المشهور)**

(ش): قال في "الْمُدَوَّنَة[2]": وإن خرج قوم من أهل الذمة محاربين متلصِّصين، فأخافوا السبيل وقتلوا، وحُكم فيهم بحكم الإسلام إذا حاربوا.

والقول بالاسترقاق لابن مسلمة، ووجه التُّونُسِيّ بإكراه المسلمة على الزِّنى؛ فإنَّه نقض، والحرابة وقتل النفس أشد.

(ص): **(ولو أسلم جماعة ثُمَّ ارتدُّوا وحاربوا كأهل الرِّدَّة من العرب، ففي كونهم كالمرتدِّين أو كالمحاربين قولان لابن القاسم وأَصْبَغ. وخالف عمر أبا بكر رضي الله تعالى عنهما، فردَّ النِّساء والصِّغار من الرِّقِّ إلى عشائرهم، وعليه الأكثرون)**

(ش): يعني إذا أسلم جماعة أو أهل حصن، ثُمَّ ارتدُّوا وحاربوا، وظفرنا بهم، فقال ابن القاسم في "الواضحة": حكمهم كالمرتدِّين في المال والدم، يستتاب كبارهم، ويجبر صغارهم على الإسلام إذا بلغوا من غير استتابة.

وقال أَصْبَغ: ليسوا كالمرتدين وهم كالحربيين؛ لأنَّهم جماعة فهم كأهل النكث؛ لأنَّ المرتد إنَّما كالواحد وشبهه.

ابن يونس: وقول أَصْبَغ ليس بحسن؛ لأنَّ أهل النكث إنَّما هم أهل الذمة، ونحن نسترقهم إذا ظفرنا بهم، ولعمري إنَّه لأمر خالف فيه عمر أبا بكر رضي الله تعالى عنهما

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٦.

في أهل الرِّدَّة من العرب، فجعلهم أبو بكر كالناقضين، فقتل الكبار وسبى ذراريهم، وجعلهم عمر كالمرتدين فردَّ النِّساء والصِّغار من الرِّق إلى عشائرهم، وعلى هذا جماعة العلماء، وأئمة السلف إلا القليل منهم، انتهى مختصرًا.

وهذا الكلام ككلام المُصَنِّف سواء. والظاهر: أن عمر لم يخالف في حياة أبي بكر ولا بعد مماته، أما الحياة؛ فلأنه كان وزيره ومستشاره، وأما الممات فلأنه إنما فعل ذلك تطييبًا لنفوس المسلمين؛ لأنَّ الواحد منهم يرى ابنته وزوجته مملوكة لغيره مع مساواته له في النسب أو الشرف، وفي ذلك من المشقَّة وتغيير النفوس ما هو معلوم، وقيل: إنَّما فعل ذلك عمر رضي الله تعالى عنه بعوض، ولا بد من التَّأويل بهذا أو ما يشبهه، وإلا كان نقضًا لحكم أبي بكر رضي الله تعالى عنه، وهو باطل بلا إشكال.

كتاب النكاح[1]

(١) النكاح في اللغة: الضم والتداخل، ومنه: نكحت البر في الأرض، إذا حرثتها وبذرت فيها، ونكح المطر الأرض إذا خلط ثراها، ونكحت الحصى أخفاف الإبل إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسيا، كما ذكر، ومعنويا كنكح النعاس العين.
ويطلق في اللغة: على الوطء حقيقة وعلى العقد مجازا.
قال المطرزي والأزهري: هو الوطء حقيقة، ومنه قول الفرزدق: [البسيط]:

إذا سقى الله قوما صوب عادية — فلا سقى الله أرض الكوفة المطرا

التاركين على طهر نساءهمو — والناكحين بشطي دجلة البقرا

وهو مجاز في العقد لأن العقد فيه ضم والنكاح هو الضم حقيقة.
قال الشاعر [الطويل]:

ضممت إلى صدري معطر صدرها — كما نكحت أم الغلام حبيبها

أي كما ضمت؛ أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.
وقيل: إنه حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.
وقيل: هومشترك بين العقد والوطء اشتراكا لفظيا، ويتعين المقصود بالقرائن، فإذا قالوا: نكح فلان بنت فلان أو أخته، أرادوا تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء لأنه بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد، ومن هنا نشأ الاختلاف بين الفقهاء هل النكاح حقيقة في الوطء، والعقد أو هو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر.
فذهب جماعة إلى القول بأن لفظ النكاح مشترك بين الوطء والعقد، فيكون حقيقة فيهما.
ودليلهم على هذا: أنه شاع الاستعمال في الوطء تارة، وفي العقد تارة أخرى بدون قرينة، والأصل في كل ما استعمل في شيء أن يكون حقيقة فيه، إما بالوضع الأصلي، أو بعرف الاستعمال، فالقول بالمجازية فيهما، أو في أحدهما خلاف الأصل.
وقد قال بعض الحنابلة: الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعا، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله تعالى: ﴿وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلا﴾ [النساء: ٢٢].
وذهب الشافعية والمالكية، وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، وذهب الحنفية إلى العكس.
والقول بأن النكاح حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر أولى من الذهاب إلى الاشتراك اللفظي وذلك لما هو متقرر في كتب الأصول، من أنه إذا دار لفظ بين الاشتراك والمجاز، فالمجاز أولى، لأنه أبلغ وأغلب والمشترك يخل بالأفهام عند خفاء القرينة عند من لا يجيز حمله على معانيه، بخلاف المجاز، فإنه عند خفاء القرينة يحمل على الحقيقة، فكونه حقيقة في أحدهما، =

(النِّكاح): حقيقته التداخل، يقال: تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض، ونكح البذر الأرض، ويطلق في الشرع على العقد والوطء، وأكثر استعماله في العقد، قال الله تعالى: ﴿وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢]، ﴿وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، ﴿وَلا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾، ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣]، ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥].

وقد ورد أيضًا بمعنى (الوطء) في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقوله تعالى: ﴿الزَّانِي لا يَنْكِحُ إِلا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ [النور: ٣] الآية، على خلاف في تأويلها بين العلماء، قيل: وورد بمعنى الصداق في قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾ [النور: ٣٣].

عياض: والصحيح: أنَّ المراد هنا العقد؛ أي: لا يقدرون على الزَّواج لعسرهم.

وأمَّا في اللغة؛ فقال ابن راشد: لا خلاف أنه حقيقة في الوطء، واختلف في إطلاقه على العقد، فقيل: بطرق الحقيقة، وقيل بطريق المجاز، وهو أصح لأنَّ المجاز خير من الاشتراك.

واختلف في هذا المجاز، فقال التلمساني في "شرح المعالم الفقهية": هو مساوٍ

=

مجازا في الآخر أولى.

ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، وذلك أولا: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة، حتى قيل: إنه لم يرد في القرآن إلا في للعقد، ولا يرد قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت بالسنة.

وذلك الحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بت طلاقها، وتزوجها عبد الرحمن بن الزبير، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك" فيكون معنى قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ حتى تتزوج.

ثانيا: أنه يصح نفي النكاح عن الوطء، فيقال: هذا الوطء ليس نكاحا، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء لما صح نفيه عنه.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوءة الأب من الزنا، فلما كان النكاح عند الحنفية حقيقة في الوطء الشامل للوطء الحلال والحرام، قالوا: بحرمة موطوءة الأب من الزنا، ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا: لا تحرم موطوءة الأب من الزنا. انظر: منح الجليل: ٣/٢، الفواكه الدواني: ٢١/٢، الكافي: ٥١٩/٢.

للحقيقة، وقيل: مجاز راجح، وهو الصحيح.

وحكى ابن عبد السلام خلافًا بين أهل الشرع واللغة، هل هو حقيقة في كل واحد منهما؟ أو في أحدهما؟ وما هو على الحقيقة؟ قال: والأقرب أنه حقيقة لغة الوطء، مجاز في العقد، وفي الشرع على العكس.

خليل: ويمكن أن يحمل قول من قال إنه حقيقة في العقد على أنَّه مجاز راجح كما هو المختار في الحقيقة الشرعية كما تقرَّر في محله، فيتَّفق نقله، ونقل ابن راشد، والله أعلم.

وحكم النكاح الندب من حيث الجملة، وقد يجب على من لا ينكف عن الزِّنا إلا به، ويكره في حق من لا يشتهيه وينقطع به عن عبادته، وفي "المقنع " لابن بطال: يكره لمن لا يجد طولا، ولا حرفة له ولا صناعة.

ابن بشير: ويحرم على من لا يخشى العنت، وكان يضر بالمرأة في عدم قدرته على الوطء، أو النفقة، أو يتكسب بموضع لا يحل.

اللَّخْمِيّ: ويباح لمن لا ينسل ولا أرب له في النساء، وأشار إلى أن المرأة مساوية للرجل في هذه الأقسام.

وفي النكاح فوائد أربع:

الأولى: دفع غوائل الشهوة عنه.

والثانية: التنبيه باللَّذة الفانية على اللَّذة الدائمة؛ لأنَّه إذا ذاق هذه اللذة وعلم أنه إذا عمل الخير نال ما هو أعظم، سارع في فعل الخيرات لما هو من جنس تلك اللَّذة، ولما هو أعظم وأتمُّ وأبقى، وهو اللَّذة بالنَّظر إلى وجه الله تعالى.

والثالثة: المسارعة في تنفيذ إرادة الله تعالى ورسوله، أمَّا إرادة الله عز وجل؛ فإنه أراد بقاء الخلق إلى يوم القيامة، ولا يحصل ذلك إلا بالنكاح، وأما إرادة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ فلقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تناكحوا تناسلوا؛ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"[١].

---

(١) ضعيف: ذكره الفتني في الموضوعات، والملا علي القاري في الأسرار المرفوعة، وقال: جَاءَ مَعْنَاهُ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَفِي أَبِي دَاوُدَ وَالنَّسَائِيِّ وَالْبَيْهَقِيِّ، وَغَيْرِهِمْ مِنْ حَدِيثِ مَعْقِلِ بْنِ يَسَارٍ مَرْفُوعًا: "تَزَوَّجُوا الْوَلُودَ الْوَدُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأَمَمَ " وَلأَحْمَدَ وَالْبَيْهَقِيِّ عَنْ أَنَسٍ كَذَلِكَ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ حِبَّانَ وَالْحَاكِمُ.

والرابعة: بقاء الذكر، ورفع الدرجات بسبب دعاء الولد الصالح، والله أعلم.

(ص): (**أركانه: الصِّيغة، والوليُّ، والزَّوج، والزَّوجة، والصَّداق، الصيغة لفظٌ يدلُّ على التأبيد مُدَّة الحياة كأنكحت وزوَّجت، وملَّكت وبِعْت، وكذلك وَهَبْتُ بتسمية الصَّداق...**[1])

(ش): يعني: أن أركان النِّكاح خمسة، ثُمَّ أخذ يتكلم على الأول منها.

وما ذكره المُصَنِّف في الصيغة نحوه لابن شاس، ومقتضاه: أنَّه لا ينعقد بالإشارة والكتابة ونحو ذلك، وهو مقتضى كلامه في الإشراف.

وكذلك قال في "الاستذكار": النكاح يفتقر إلى التصريح ليقع الإشهاد عليه، ولا خلاف في انعقاده بـ (أنكحت، وزوجت). قال المغيرة: ولا ينعقد بغيرهما.

واختلفت طرق الشيوخ في نقل المذاهب فيما عداهما، فذهب ابن القصار، وعبد الوهاب في "الإشراف"، والباجي، وابن العربي في "أحكامه " إلى أنَّه ينعقد بكل لفظ يقتضي التأبيد دون التَّوقيت، فينعقد بـ (ملكت، وبعت) كما ذكر المُصَنِّف.

وأشار الباجي في توجيهه لذلك إلى أنه قول مالك.

واستدل جماعة لذلك بما في "الصحيح" من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ"[2]، وفي رواية: "أَنْكَحْنَاكَهَا".

وذهب صاحب " المقدمات " إلى أنَّه لا ينعقد بما عدا (أنكحت، وزوجت) إلا لفظ الهبة، فاختلف فيه قول مالك، فروي عنه أنه لا ينعقد بها، وروي عنه أنه ينعقد ويلزم فيه صداق المثل كنكاح التفويض، وقد روى ابن حبيب نحوه عن مالك، انتهى بمعناه.

ومقتضى ما نقله من رواية ابن حبيب أنَّه يصح، وإن لم يسم صداقًا، ونقل في "الإكمال " عن مالك أنَّه لا ينعقد بلفظ الهبة.

ابن الموَّاز: وسواء سمِّي الصداق أم لا. ومذهب "الْمُدَوَّنَة[3]" أنَّه لا ينعقد بلفظ الهبة إلا بتسمية الصداق كما ذكر المُصَنِّف.

ويلحق بها في اشتراط التسمية الصدقة من باب أولى؛ لأنَّ هبة الثواب أحد قسمي

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٢٥٥.

(٢) أخرجه البخاري، برقم (٢٣١١) من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٧.

الهبة، والصدقة لا عوض لها أصلا.

ابن القصار: وسواء عندي ذكر المهر في لفظ الهبة والبيع أو لم يذكر، إذا علم أنَّهم قصدوا النِّكاح.

فانظر هل ما قاله مخالف لما قاله المُصَنِّف في لفظ الهبة أم لا؟ لأنَّ قوله: إذا علم أنَّهم قصدوا به النِّكاح يقتضي ثبوت الصداق، فكان ذلك بمنزلة ذكره، وكذلك قال ابن راشد: لا ينبغي أن يعد قول ابن القصار خلافًا.

ابن القصار: قال بعض أصحابنا: ويجوز بلفظ التحليل.

وقال الطرطوشي في لفظ الإباحة: قال بعض أصحابنا: إن قُصِد به النِّكاح، صَحَّ.

وقوله: (على التَّأبيد مُدَّة الحياة) احترز بذلك من العارية، والرهن، والوصية، فإنه لا ينعقد بذلك، نص عليه ابن القصار وعبد الوهاب؛ لاقتضاء الأولين؛ التمليك، والتوقيت، والثالث التوثُّق دون التمليك، وعدم لزوم الرابع.

تنبيهان:

الأول: قد يقال: إن حد المُصَنِّف للصيغة غير مانع لشموله مثل (وقفت، وحبست على فلان أو أعمرته) لدلالة ذلك على التأبيد مدة الحياة.

الثاني: ما ذكره المُصَنِّف من أن الصيغة لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة صحيح كما بيَّنَّاه، واعتراضه ابن عبد السلام بما حاصله أنَّه لا يشترط دلالة الصيغة على التأبيد، بل ألا تدل على التوقيت، وذكر أن ذلك هو الذي يؤخذ من كلام أهل المذهب.

وذلك أعمُّ من كونها دلالة على التأبيد، وفيه نظر؛ لأنَّ عبد الوهاب صرَّح في الإشراف بما ذكر المُصَنِّف وكذلك غيره، والله أعلم.

(ص): (ومن الزَّوج ما يدُلُّ على القَبُول)

(ش): قوله: (ما يدُلُّ على القَبُول) أي: دون صيغة معينة.

ابن عبد السلام: وكذلك الإشارة.

خليل: ولا أعلم نصًّا في الإشارة، والظاهر: أنها لا تكفي من جهة الزَّوج؛ أما أولا: فلأن النكاح لا بد فيه من الشهادة، ولا يمكن إلا مع التصريح من الولي والزوج ليقع الإشهاد عليهما.

وأمَّا ثانيًا: فلأن قول المُصَنِّف (ومن الزَّوج) معطوف على مقدر تقديره: الصيغة من جانب الولي كذا، ومن جهة الزَّوج كذا.

فكان قوله: (ومن الزَّوج) خبر عن (الصِّيغة)، فلا يصدق على الإشارة. وعلى هذا، فالظَّاهر أنَّ مراده بقوله: (ما يدُلُّ) كل لفظ، ولا يشترط فيه تعيين كما في صيغة الإيجاب، فإن قيل: المُصَنِّف قد يجعل الإشارة من الصيغة، كقوله في (باب الوصايا): الصيغة كل لفظ أو إشارة يفهم منها قصد الوصية، قيل: هذا مجاز، والأصل عدمه.

ابن شاس: ويكفي أن يقول الزوج: قبلت، إذا تقدَّم من الولي الإيجاب، ولا يشترط أن يقول: قبلت نكاحها.

(ص): (فلو قال: زَوِّجني؛ فقال: فعلت لَزِمَ، ولو قال: لا أرضى؛ لم ينفعه، بخلاف البيع فإنَّه يحلف)

(ش): يعني: أنه ينعقد بالاستيجاب كما ينعقد بالإيجاب، وهكذا قال صاحب "الجواهر"؛ لأنَّ قوله: (زَوِّجني) طلب للتَّزْوِيج، وهو يقتضي رضاه بالتزويج، وقول الولي: (فَعَلْتُ) يقوم مقام الإيجاب، وهو قوله: زوَّجْتُك، ويؤخذ من كلام ابن عبد السلام أنَّه فهم من قوله: (لا أرضى) أنَّ الزَّوج إن شاء ما يقتضي الرضا بعد قول الولي (فَعَلْتُ)، وليس بظاهر؛ لأنَّا قد بيَّنَّا أنَّ قول الزَّوج: (زَوِّجني) يقوم مقام الرضا، وستأتي مسألة البيع التي أشار إليها المُصَنِّف في بابها إن شاء الله تعالى.

والفَرْق بين النِّكاح والبيع من وجهين:

أحدهما: أن هزل النكاح جد على المشهور.

والثاني: أن العادة جارية بمساومة السلع، وإيقافها للبيع في الأسواق، فناسب ألا يلزمه ذلك في البيع إذا حلف؛ لاحتمال أَنْ يكون قصد معرفة الأثمان، ولا كذلك النكاح، والله أعلم.

(ص): (والخطبة مستحبَّة، وما قَلَّ أفضل)

(ش): ابن راشد: (الخُطْبَة) بضم الخاء واحدة الخُطَب، وأما بكسرها؛ فهي عبارة عن استدعاء النكاح، وما يجري من المحاورة، وهي مشروعة في العقد، وما قلَّ منها أفضل.

قال بعض الأكابر: أقلها أن يقول الولي: الحمد لله والصلاة على رسوله والسلام، زَوَّجْتُكَ على كذا، ويقول الزَّوج: الحمد لله والصلاة على رسوله والسلام، قَبِلتُ نكاحها.

وفي "الذخيرة": قال صاحب "المنتقى": تستحبُّ (الخُطْبَة) - بالضم - عند

(الخِطْبَة) - بالكسر -، وصفتها: أن يحمد الله تعالى، ويثني عليه، ويصلي على نبيّه عليه الصلاة والسلام، ثُمَّ يقول: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢]، ﴿وَاتَّقُوا اللهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١]، ﴿اتَّقُوا اللهَ وَقُولُوا قَوْلا سَدِيدًا﴾ [الأحزاب:٧٠].

ثم يقول: أمَّا بعد، فإن فلانًا قد رغب فيكم، وانطوى إليكم، وفرض لكم من الصداق كذا، وفي "الجواهر": تستحب عند العقد، انتهى.

أو إنَّما استحبَّ ذلك لما رواه الترمذي وغيره من قوله عليه الصلاة والسلام: "كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لا يُبْتَدَأُ فِيهِ بِحَمْدِ الله، فهو أَجْزَمُ"[(١)]؛ أي: ناقص، وتقليلها أفضل، لأنَّ كثرتها من التشدّق المنهيّ عنه، لا سيما إن صَحِبَ ذلك فخر ومدح للمتزوجين وآبائهما بما ليس فيهم.

(ص): (**الوليُّ المالك، ثمَّ الابن وإن سَفَلَ، ثم الأب، ورُوِيَ: الأبُ، ثمَّ الابن، ثُمَّ الأخ، ثُمَّ ابنه، ثُمَّ الجد، قال المُغيرة: الجدُّ أولى من الأخ وابنه، ثم العم، ثُمَّ ابنه على ترتيبهم في الإرث**)

(ش): هذا هو الرُّكن الثاني، وخالفنا في ذلك أبو حنيفة، فلم ير الولي ركنًا، ودليلنا ما رواه الدَّارقطنيّ[(٢)]، وصحَّحه من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه عليه الصلاة والسلام، قال: "لا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا".

وقدم المُصَنِّف (المالك) لأنه أقوى الأولياء، إذ هو يجبر الكبيرة والصغيرة والذكر.

(ثمَّ الابن) لأنَّه أقوى العصبة، ورأى في الرواية الأخرى أنَّ في الأب زيادة وشفقة.

وابن الابن كالابن في عدمه، فالخلاف في الأخ مبنيٌّ على هذا الخلاف، فعلى المشهور يقدم الأخ وابنه على الجد لإدلائهما بالبنوة، وعلى الرواية الأخرى يقدم الجد على الأخ، وروي عن مالك أن للأخ أن يزوّج المرأة الثيب مع وجود الأب.

اللَّخْمِيّ: وهو قول مرغوب عنه. والمعروف من قول مالك أنه إذا عقد الأخ مضى، لا أن له ذلك ابتداء.

قوله: (على ترتيبهم في الإرْث) الضمير عائد على الجد والعم وابنه، لا على كل

---

(١) أخرجه ابن ماجه، برقم (١٨٩٤) والبيهقي في الشعب، برقم (٤٠٥٨).

(٢) أخرجه الدارقطني، برقم (٣٤٩٥).

من تقدَّم؛ فإن الجد في (باب الميراث) أولى من ابن الأخ؛ قاله ابن عبد السلام.

(ص): (**وفي تقديم الشقيق من الأخ والعم وابنه على الآخر روايتان لابن القاسم والْمُدَوَّنَة**[1])

(ش): الروايتان إنَّما هما منصوصان في الأخ. ففي "اللَّخْمِيّ": اختلف في الأخوين أحدهما شقيق، والآخر لأب، ففي الكتاب من رواية علي: هما سواء.

قال مالك وابن القاسم وغيرهما في "الواضحة": الشقيق أولى.

ويجري الجواب في أبنائهما، وفي العمين أحدهما شقيق والآخر لأب، وفي أبنائهما على نحو ذلك، وتقديم الشقيق أحسن، انتهى.

وكذلك اختار ابن القاسم وسحنون وغيرهما من أصحاب مالك المصريين والمدنيين هذه الرواية قياسًا على الإرث والولاء والصلاة عليها، بل جزم بعدم صِحَّة مقابلها.

والأحسن لو قال: وابنيهما، لكن حذف في الأول ما أَثْبَتَهُ في الثاني؛ كأحد الوجهين في قوله تعالى: ﴿وَاللهُ وَرَسُولُهُ أَحَقُّ أَنْ يُرْضُوهُ﴾ [التوبة: ٦٢].

فإن قيل: ليس ما نسبه إلى "الْمُدَوَّنَة[2]" صريحًا فيها؛ لاحتمال أن يكون مراده فيها بعد الوقوع، ونصها: قال علي عن مالك في الأخ يزوِّج أخته لأبيه، وثم أخوها لأبيها وأمها: إنَّ النِّكاح جائز إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق، ولا تنكح حينئذ إلا برضاه.

فقوله في الأخ يزوَّج أخته يحتمل بعد الوقوع والنزول، ويرجحه قوله بعد ذلك أنَّ النِّكاح جائز، وأيضًا فإن ما قبل هذا الكلام وبعده في "الْمُدَوَّنَة[3]" إنما هو في الأبعد يزوج مع وجود الأقرب، فجوابه: أن غاية ما ذكرته أن اللفظ محتمل، لكن قوله: إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق، فلا تنكح حينئذ إلا برضاه.

ظاهر أو صريح في أن كلامه في امرأة لم تنكح، ويكفي في رد هذا أن فهم سحنون واللَّخْمِيّ وغيرهما من الأشياخ خلافه.

(ص): (**ثُمَّ المولى الأعلى لا الأسفل على الأصح**)

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٨.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٨.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٨.

(ش): أي: بعد عصبة النسب تنتقل الولاية إلى المولى الأعلى، وهو من له العتاقة.

ابن عبد السلام: وادِّعاء المُصَنِّف أن المولى الأسفل لا ولاية له ليس بصحيح؛ لأنَّ جميع شراح "الْمُدَوَّنَة[1]" فسَّروا جميع ما وقع لمالك في النكاح الأول منها بأن المولى الأسفل أحد الأولياء، ولم يذهب أحد منهم إلى نفي الولاية عنه.

خليل: وقد يقال ليس في "الْمُدَوَّنَة[2]" نص على ولايته، وقد قال ابن الجلاب: ولا ولاية للأسفل على الأعلى.

والقاعدة عند الشيوخ: أن كل ما أطلق في الجلاب ولم يعزه لنفسه ولا لغيره فهو لمالك، وكلام مالك أولى من كلام غيره.

وفي "الكافي": ولا ولاية للأسفل على الأعلى. وقد قيل: إن للمولى الأسفل مدخلا في الولاية، وليس بشيء.

ونقله ابن شاس، ونقل ذلك ابن زرقون عن " الْمَوَّازِيَّة " أنَّه لا ولاية للأسفل على الأعلى.

وأيضًا فعدم ولاية الأسفل على الأعلى هو القياس؛ لأنَّ الولاية هنا إنَّما تستحق بالتَّعصيب.

(ص): **(ثُمَّ عَصَبَتُهُ، ثم مُعْتِقُهُ، ثم عصبة مُعْتَقِهِ على ما ذكر)**

(ش): أي: فإن فقد المولى الأعلى انتقلت الولاية إلى عصبته ثُمَّ إلى معتق المعتق، ثم إلى عصبته على ما تقدَّم في ترتيب العصبات، وهو ظاهر.

وليس للأخ للأم، ولا الجد للأم، ولا لذوي الأرحام ولاية عندنا إلا من باب ولاية الإسلام.

ابن وهب: وقاله مالك، وقال علي بن زياد، عن مالك: إذا زوَّج الأخ للأم مضى النِّكاح، وحكى ابن عبد الغفور في "وثائقه".

(ص): **(فالمالك يُجبِر الأمة والعبد، ولا يُجبَر هو لهما)**

(ش): لما ذكر الأولياء ومراتِبَهُم تَكَلَّم على من له الجبر، ولا خلاف عندنا أن السيد يجبر الأمة، والعبد بشرط عدم الضرر، ففي "العُتْبِيَّة" و"الْمَوَّازِيَّة " لمالك: ليس له أن يزوج الجارية الرفيعة من عبدٍ له وغد، وقد قال مالك: وليس ينظر إلى الوغد في

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٩.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٣٩.

المنظر، فرب وغد في المنظر تكون له الخبرة والحال.

قوله: (لا يُجبَر هو لهما) أي: إذا طلبا الزواج وأبى هو ذلك، فلا يجبر؛ لأنَّه يتضرَّر بالتزويج، قال مالك في "الْمَوَّازِيَّة": وإن تبين أن العبد والمكاتب محتاجان إلى النكاح، وأن السيد ضار بهما، فلا يقضى على السيد بنكاحهما.

عبد الحميد: واختلف في هذه المسألة، فكان بعض الشيوخ يقول: الصواب عندي أن القول قول العبد؛ لاشتداد الضرر به؛ إذ ذاك ضرر في الدين.

وكان بعض المذاكرين يقول: انظر إلى ما قاله ابن خويزمنداد إذا كانت له القدرة له على التسرِّي، وله حاجة إلى النكاح يخاف معها العنت أنه يجب عليه، وإذا كان واجبًا عليه فالعبد يشاركه فيها، ولأنَّ بعض أصحابنا أوجبه للأب على ابنه، انتهى.

والظاهر: أنه يؤمر بالتزويج أو البيع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ"[1].

(ص): (وتُوكِل المالكة في أمتها وليَّها أو غيره)

(ش): وهذا كقوله في "الكافي": وإذا أرادت المرأة إنكاح أمتها استخلفت رجلا يزوجها بإذنها.

(ص): (ويُوكِّل المُكاتب في أَمَتِهِ، وإن كَرِهَ سيّده بشرط ابتغاء الفضل)

(ش): هذا كقوله في "الْمُدَوَّنَة[2]": وللمكاتب إنكاح إمائه على ابتغاء الفضل وإن كره سيده، ولكن يلي العقد غيره بأمره، ولا يجوز على غير ابتغاء الفضل إذا رده السيد، وإنَّما جاز ذلك للمكاتب؛ لأنَّه أحرز نفسه وماله.

(ص): (والوصيُّ يُزوِّج رقيق المُوصَى عليه بالمصلحة)

(ش): هذا ظاهر التَّصوُّر، وقال هنا: (بالمصلحة) لأنَّ المطلوب مصلحة المحجور عليه، وقد تكون بغير المال.

(ص): (ومن بعضه حُرٌّ لا يُجْبَر، ولكنه كمالك الجميع في الولاية والرد)

(ش): لأنَّ بعض الحر لا تصرف له فيه.

قال في "البَيَان": ولا خلاف في ذلك.

(ولكنَّه كمالك الجميع) أي: ولكن مالك البعض كمالك الجميع في الولاية على

---

(١) أخرجه ابن ماجه، برقم (٢٣٤٠).

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٠.

الأمة، وفي ردِّ نكاح العبد أو الأمة إن تزوَّجا بغير إذن السيد.

(ص): **(ومن فيه عقد حُرِّيَّة ثالثها: يُجبَر الذكور، ورابعها: يُجبَر من له انتزاع ماله)**

(ش): سبب الخلاف النظر إلى تغليب شائبة الحرية: فيمتنع الجبر، أو حكم الرق؛ فيصح، والقولان بالجبر وعدمه لمالك.

وفرق في الثالث لأنَّ الذكر قادر على الحل عن نفسه بالطلاق، وهذا القول حكاه ابن بشير.

وعلى الرابع: لا يجبر المكاتب والمكاتبة، وأم الولد، والمدبر إذا مرض السيد، والمعتق إلى أجل إذا قرب الأجل.

وذكر ابن بشير عن بعض أشياخه أنه أنكر على اللَّخْمِيّ وجود الرابع، قال: وإنما الذي أرى في هذه الرواية أنه لا يجبر المكاتب؛ لأنه لا يقدر على انتزاع ماله، فأخذ اللَّخْمِيّ إطلاقًا كليًا، وهو غير صحيح، لأنه قد يعلل في الرواية بعلة، فإذا وقف على صورة ليست تلك العلة فيها، فقد يجيب فيها معتمدًا على مراعاة أخرى، فاعتقد أن انتفاء العلة المعينة توجب انتفاء المعلول مطلقًا، وذلك غير لازم في العلل الشرعية؛ لأنها قد تجتمع على المعلول الواحد علل، فإذا انتفت واحدة منها بقي الحكم مستندًا إلى غيرها، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنَّ حاصله الشهادة على نفي كيف، وقد نقله ابن يونس، ولفظ محمد: من له انتزاع ماله، فله أن يكرهها ما لم يكن يطلب بذلك ضررها، وهكذا نقله في "تهذيب الطالب".

(ص): **(والأب يجبرُ الصَّغِيرة)**

(ش): ظاهره: ثيبًا كانت أو بكرًا، ولا خلاف في البكر، وأما الثيب الصغيرة ففيها ثلاثة أقوال: قال سحنون: يجبرها؛ لأنَّ الثيوبة في حال الصغر كالعدم.

قال أبو تمام: لا يجبرها؛ لأنَّ علة الجبر البكارة وقد زالت.

وقال ابن القاسم وأشهب: يجبرها إن كان زوَّجها قبل البلوغ، ولا يجبرها بعده؛ لأنَّها صارت ثيبًا بالغًا.

اللَّخْمِيّ: وهو أحسن، واستصوبه غيره، وإنَّما قلنا ظاهر كلامه، وإن كانت ثيبًا؛ لقوله بعد ذلك: (وفي الثيب تبلغ بعد الطلاق قولان) فمفهومه أنها إذا لم تبلغ تجبر، ولأنه لو لم يحمل كلامه هنا على العموم، لزم أن يكون أسقط الكلام على

الصغيرة الثيب.

(ص): **(والبكر البالغ بغير إذنها. وقيل: يستحبُّ استئذانها)**

(**ش**): أي: ويجبر البكر البالغ.

اللَّخْمِيّ: واختلف في البكر البالغ غير المعنسة، ففي الكتاب: له أن يجبرها، وفي "الْمَوَّازِيَّة": وإن شاروها فحسن.

وهو أحوط ليخرج من الخلاف، فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لا يجبرها، ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنَّه قال: "وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا " أخرجه مسلم[١].

وقال ابن بشير: حكى اللَّخْمِيّ في استحباب استئذانها قولين، والظاهر: أنَّ المذهب على قول واحد في الاستحباب للخروج من الخلاف.

خليل: وفيه نظر؛ لأنَّ حاصله شهادة على نفي.

وقد نقل الباجي عن ابن القاسم أنه أنكر أن يستأمرها الأب، لكن في كلام اللَّخْمِيّ نظر من وجه آخر؛ لأنه نسب القول بعدم الاستحباب " للمدونة"، وهي لا يؤخذ منها ذلك لأنَّ الذي فيها: ليست المشورة بلازمة، وذلك لا ينافي الاستحباب، والاستحباب أولى، وهو الذي اقتصر عليه ابن الجلاب للخروج من الخلاف، ولتطييب قلبها، ولأنَّها قد يكون بها عيب فتظهره حينئذ.

ابن عبد السلام: ووقع في بعض الفتاوى المنسوبة للسيوري أن الأب لا يجبرها، واستدل القائل بعدم الجبر بما في "الصحيح" من قوله عليه الصلاة والسلام: "الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَر، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا"[٢].

وجوابه: أن المراد بالبكر اليتيمة، لما خرج أبو داود أنَّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: "الْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلا جَوَازَ لَهَا"[٣].

قال في "الاستذكار " في تعليل الجبر: ولأنَّه لا يتَّهم عليها، ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ إِلا بِإِذْنِهَا"[٤]، فدلَّ على أن ذات الأب تنكح بغير إذنها، انتهى.

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٤٢٢).

(٢) انظر: صحيح مسلم، رقم (١٤٢٢).

(٣) أخرجه الترمذي، برقم (١١٠٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) أخرجه الدارقطني، برقم (٣٥١٠).

فإن قيل: فقد روي في بعض الطرق: "وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا " قيل: قال أبو داود[١] لما ذكر الحديث: "أَبُوهَا " ليس بمحفوظ.

وقال الباجي فيه: صوابه كما رواه مالك وتابعه عليه سفيان: "وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا"، وقد روي: "وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَر"، وروايته أثبت ممن روى: "يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا"، ويجوز أن يُحمل استئذان الأب إن صَحَّت الرواية على الاستئذان المندوب.

وفي "الموطأ " أن القاسم وسالمًا كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهنَّ.

مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا، وهذا دليل على عدم استحباب المشاورة.

تنبيه:

الجبر مقيد بما إذا لم يكن ضرر، فإن كان ضرر فلا يلزمها، وله أن يزوجها من الضرير، والقبيح، ومن هو أدنى حالا وأقل مالا، وإن زوجها من مجبوب أو خصي، أو عنين، فقال ابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وأَصْبَغ: ذلك يلزمها إن كان على وجه النظر، علمت به أو لم تعلم.

الباجي: ورأيت لسحنون أنه لا يلزمها في الخصي، والأظهر عندي في العنين والخصي والمجبوب وما كان للمرأة أن تفسخ النِّكاح به من العيوب، فليس للأب إلزامها ذلك.

وكذلك اختاره اللَّخْمِيّ، أمَّا إن زوجها الأب من مجنون يخاف عليها منه، أو أبرص متسلخ، أو مجذوم متقطع قد منع من الكلام وتغيرت رائحته، فلا يلزمها اتفاقًا.

سحنون: وإن كانت مجنونة، وأراد الأب أن يزوجها مجنونًا أو مجذومًا، وقال: أغتفر عيبها لعيبه لم يكن له ذلك؛ لأنَّها قد تفيق، وللأب تزويجها بربع دينار، ولو كان صداق مثلها ألفًا، ولا كلام لها ولا لغيرها، رواه ابن حبيب عن مالك، قال في "الْمُدَوَّنَة[٢]": ولا يجوز للسلطان ولا للوصي، ولا لأحد من الأولياء أن يزوِّجها بأقل من صداق مثلها، وينبغي للولي أن يختار لوليته زوجًا سالمًا، وإلى ذلك أشار اللَّخْمِيّ، وقد كَرِه عمر رضي الله تعالى عنه أن يزوج وليته من الرجل القبيح.

(ص): (والمجنونة والثَّيِّب بعارضٍ كالبِكْر)

(ش): يجوز في (المجنونة) النصب بالعطف على (الصغيرة) أي: ويجبر المجنونة،

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٢٠٩٨).

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤١.

وإن كانت كبيرة، ويجوز فيها الرفع على الابتداء.

وينبغي أن يلحق بالأب القاضي، وهذا إن كانت لا تفيق، وأما إن كانت تفيق فتُنتظر إفاقتها.

وقوله: (بعارض) أي: زالت بكارتها بغير جماع، كوثبة أو عود، فلا خلاف فيما ذكره المُصَنِّف.

(ص): (وفي الثَّيِّب بحرامٍ قولان)

(ش): إنَّما عدل عن عبارة أكثر المؤلفين، وهي الثَّيِّب بالزِّنا؛ ليدخل في كلامه المغتصبة، فإنها مساوية للزانية في هذا الحكم، صرَّح بذلك صاحب " المقدمات"، واللَّخْمِيّ وغيرهما.

والقول بالجبر مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، والقول بعدمه في الجلاب.

واختلف في تعليل جبرها مع زوال البكارة، فقيل: لأنَّ ذلك لا يزيدها إلا حياءً؛ ولهذا قال عبد الوهاب: ألزمت في مجلس النظر بحضرة ولي العهد أنَّه إذا كانت العلة في المزني بها الحياء، فإذا تكرَّر منها الزِّنا ارتفع حياؤها، فيرتفع الجبر، فالتزمت ذلك. وقيل: لأنَّها لما قصدت بالزنا زوال الإجبار عوقبت بنقيض مقصودها.

ورد هذا ابن محرز باتِّفاق المذهب على ارتفاع الجبر في حق من زوَّجت نفسها قاصدة لذلك.

وهل قول القاضي تفسير " للمدونة " - وهو الأظهر -، أو خلاف؟ في ذلك للشيوخ مذهبان: قال في "المقدمات": واختلف إذا زَنَتْ أو غصبت، فقيل: حكمها حكم البكر في جميع أحوالها.

وقيل: حكم الثيب في جميع أحوالها.

وقيل: حكمها حكم الثَّيِّب في أنَّه لا تزوَّج إلا برضاها، وحكم البكر في إذنها صماتها.

(ص): (والثَّيِّب بالنِّكاح الفاسد مثلها بالصحيح)

(ش): أي: فلا تجبر لأنَّها لا حياء يلحقها في ذلك كالزانية، ولأنَّ لواحق النكاح الصحيح ثبتت في هذا من لحوق الولد، ودرء الحد، والاعتداد في بيتها، فوجب أن

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤١.

تساويها في عدم الجبر.

(ص): (وفي العانس قولان؛ وهي المُبَاشِرَة العارفة بالمصالح، قال ابن القاسم: وسِنُّها أربعون، وقال ابنُ وهب: ثلاثون)

(ش): القولان لمالك، وروى عنه محمد: يجبرها.

قال في "المتيطية": وبها القضاء وعليها العمل. وروى ابن وهب عنه أنه لا يجبرها.

قوله: (وهي) تفسير للمعنسة، وهو واضح، ومنشأ الخلاف: هل العلة في الجبر البكارة، وهي موجودة؟ أو الجهل بالمصالح وهذه عالمة بها؟

قال في "المقدمات": وعلى الجبر؛ فللأب أن يرضى بأقل من صداق المثل، وعلى عدمه، فالرضى بقليل الصَّداق وكثيره إليها دونه كالمرشدة.

ابن راشد: وفي معنى المعنسة البكر المرشدة.

المتيطي وغيره: والمشهور: أنَّ المرشدة لا تجبر.

وصوَّب أبو عمر ابن عبد البر القول بجبرها نظرًا للبكارة، وعلى المشهور فهل يكون إذنها صماتها أو نطقًا؟ فالمشهور من القول، وهو قول ابن الهندي، وابن العطار، والباجي: لا بد من اللفظ.

وقال ابن لبابة: الصمات فيها يجزئ.

وفرق جماعة من الشيوخ، فقالوا: إن كان صداقها أو بعضه عرضًا كلفت الكلام، وإن كان عينًا اكتفي بالصمت.

بعض الموثقين: هذه المسألة اجتمع فيها وجهان: من نظر إلى البكارة اكتفى بالصمت، ومن نظر إلى أن الرضا بالصداق لها، قال: لا بد من الكلام.

ورأى في الثالث: أن الصداق إذا كان عرضًا أنَّه لا بد من نطقها، لأنَّها بائعة مشترية، والشراء لا يلزم بالصمت.

ابن سهل: ولا وجه لهذه التفرقة.

واختلف في حد التعنيس على سبعة أقوال:

القولان اللَّذان ذكرهما المصنِّف، وقيل: ثلاثة وثلاثون، وقيل: خمسة وثلاثون. وقيل: خمسة وأربعون، وقيل: خمسون، وقيل: من الخمسين إلى الستين.

هذا إذا كانت العانس ذات أب، ولا حاجة إلى ذكر حد التنعيس بالنسبة إلى

المهملة هنا، فإن الكلام هنا في الجبر وهو خاص بالآباء، وأنت تعلم أن وجود دليل شرعي على مثل هذا التحديد متعذِّر.

(ص): **(وفي من طالت إقامتها بعد الدخول وطُلِّقَت قبل المَسِيس، قولان: وفي تحديده بسنة أو بالعُرف، قولان)**

(ش) القول بعدم الجبر مذهب المدوَّنة[1]، ففيها: ومن زوَّج ابنته، فدخل بها الزَّوج ثُمَّ فارقها قبل أن يمسها، لم يكن لأبيها أن يزوِّجها كما يزوِّج البكر إن طالت إقامته معه، وشهدت مشاهد النساء، وأرى السنة طولا، فأسقط المصنف قوله مشاهد النساء، ولا بد منه، وإلى ذلك أشار صاحب " التنبيهات"، وقيل: معنى قوله: مشاهد النساء، أي: بالحيض والحمل.

خليل: وفيه نظر؛ لأنَّها إذا حملت تخرج عن فرض المسألة.

والظاهر: أنه أراد الجلوس معهن والتَّحدُّث والاجتماع في نحو الولائم. والقول بالجبر لابن عبد الحكم نظرا إلى البكارة، ورأى في المشهور أنَّها عرفت مصالح نفسها.

والمشهور تحديد المدة بالسنة؛ لأنَّ المرأة لا تعرف الأحوال إلا بجميعها؛ لاختلاف المآكل والملابس وأحوال القوم في السنة.

والقول بالرُّجوع في ذلك إلى العرف رواية ذكرها عبد الوهاب، وهي الأصل، فإن لم يطل مكثها معه كشهر أو شهرين، فالمشهور من المذهب أن للأب إجبارها، وحكى الأبهري قولا آخر بعدم الجبر.

وأما إن قامت معه ستة أشهر، ثُمَّ طُلِّقت وقالت: ما جامعني، فاستحبَّ في "العتبية " مؤامرتها، فإن لم يفعل وزوَّجها مضى النكاح.

فرع مرتب:

إذا قلنا بالإجبار مطلقًا أو مع عدم الطول، فلا بد من إقرارها بذلك قبل العقد، ولا يصدق الأب؛ لئلا يؤدِّي إلى نكاح الأب الثَّيِّب بغير أمرها، ولا يسمع في ذلك قول الزوج أنَّه وطئ.

ابن سعدون: ولو أكذبها الأب وهي فقيرة والأب موسر، لكان القول قولها؛ لأنه لا

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٣.

يعلم إلا من جهتها. انتهى.

وكذلك نقل صاحب " المتيطية " عن بعض الموثقين، وقال في "البيان " بعد قوله: إن زوجها بعد أن قامت ستة أشهر بغير استثمار، مضى النكاح، هذا إذا أقرَّت بذلك على نفسها قبل أن يزوجها أو بقرب تزويجها، وأما إن زوَّجها وهي غائبة غيبة بعيدة أو حاضرة، ولم تعلم حتى طال الأمر، فإنها تُتَّهم على إمضاء النِّكاح بإقرارها على نفسها، أنَّ زوجها الذي دخل بها لم يصبها. فجعل الإقرار بقرب العقد بمنزلة الإقرار قبله، وهو خلاف الكلام الأول.

وفي "اللخمي": إذا طلقت بالقرب وادَّعت البكارة، وخالفها الأب، كان القول قوله، ولا تلزمه نفقتها.

(ص): (**وفي الثيب تبلغ بعد الطلاق قولان**)

(ش) تقدَّم الكلام على هذا الفرع.

فرع: ولا يجبر الأب الثَّيِّب السَّفيهة على المعروف، وحكى المُتَيْطِي قولا بأنَّه يجبرها.

(ص): (**ووَصِيّ الأب ووصيّه بالإنكاح كالأب، وقيل: إلا في الإجبار، وقيل: إلا أن يُفْهَم الإجبار، وقيل: إلا في البكر البالغ، وقيل: هو والوليُّ سواء، وقيل: الوليُّ أولى، وقيل: كالأجنبيّ**)

(**ش**): أي: ووصي الأب، ووصي الوصي؛ يريد: وإن بعد بالنِّكاح كالأب، فحذف بالنِّكاح من الأوَّل لدلالة الثاني عليه.

قوله: (كالأب) أي: فيجبر.

وهذا القول ذكر اللَّخْمِيّ أنَّه المعروف، فقال: الإجبار يختص بالآباء، وبمن أقامه الأب في حياته، أو بعد وفاته إذا عين الأب الزوج.

واختلف إذا لم يعينه الأب، وجعل ذلك إلى اجتهاد من أقامه؛ فقيل: للمقام إجبارها، ويُنكحها ممَّن يراه أحسن لها قبل البلوغ وبعده. وهذا هو المعروف من قول مالك.

قوله: (وقيل: إلا في الإجبار) هذا القول هو الذي يؤخذ من "الْمُدَوَّنَة[١]"، ففيها:

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٤.

وللوصي أن يزوَّج البكر البالغ برضاها، وإن كَرِه الولي، ولو رضيت هي ووليها برجل، وعقدوا له، لم يجز إلا برضا الوصي، وإن اختلفوا نَظَرَ السلطان.

وقال يحيى بن سعيد: الوصي أولى من الولي، ويشاور الولي.

قوله: (وقيل: إلا أن يُفْهَم الإجْبَار) أي: فيكون له الإجبار، ومقتضاه: أن الأول يقول بالجبر، وإن لم يفهم الإجبار.

واعترضه ابن عبد السلام، وقال: كل من يرى له الجبر لا يقوله إلا إذا نص على الجبر، أو على ما يستلزم الجبر، وعلى هذا فينتفي الأوَّل.

ومقتضى الرسالة أنَّه لا يزوِّجها إلا أن ينص له الأب على ذلك؛ لقوله: وللوصيِّ أن يزوِّج الطفل في ولايته، ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها، وقال قبل ذلك: وأما غير الأب في البكر وصي أو غيره فلا يزوجها حتى تبلغ وتأذن، وإذنها صماتها.

قوله: (وقيل: إلا في البكر البالغ) ابن راشد: هو المشهور.

وفهم "الْمُدَوَّنَة[1]" عليه، وما قلناه من حمل "الْمُدَوَّنَة" على القول الثاني في كلام المُصَنِّف أولى؛ لأنَّا لو حملناها على هذا لزم أنه إذا زوج الولي معه أن يمضي؛ لأنَّ الذي يفهم من الأولوية أن يكونا كوليين؛ أحدهما أقرب، والآخر أبعد، فكان يمضي نكاح الولي مع الوصي، وليس كذلك.

عياض: وظاهر قوله في "الْمُدَوَّنَة[2]": ولو رضيت هي ووليها برجل وعقدوا له، لم يجز إلا برضا الوصي؛ أن للوصي رده، وكذلك نص في "الْمَوَّازِيَّة".

وهل هذا حق للوصي، وأنه لا ولاية للولي معه فيها كما ليس له ذلك مع الأب الذي أنزله منزلته فينقضه على كل حال، أو حماية للأوصياء؛ لئلا يفتات عليهم ويتسع الأمر، فيؤدي إلى إسقاط ما بأيديهم؟ وقال الشيخ أبو إسحاق: ظاهره أنَّه إن أجازه الوصي جاز.

ونحا بعض الشيوخ إلى أنَّه إنْ كان نظرًا منع الوصي من فسخه.

وجعل ابن عبد السلام ظاهر "الْمُدَوَّنَة[3]" وما نص عليه في "الْمَوَّازِيَّة " مفرَّعًا على

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٤.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٤.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٥.

القول الذي قدَّمه المُصَنِّف، وقال: الأول هو المشهور، وعليه فرعوا، وفيه نظر.

قوله: (وقيل: هو والوليُّ سواء) ابن راشد: لم أقف على هذا القول.

قوله: (وقيل: الوليُّ أولى) هذا القول حكاه سحنون في "السليمانية " عن غير ابن القاسم من الأصحاب.

قوله: (وقيل: كالأجنبيّ) أي: فلا ولاية له.

وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وحكى ابن مغيث في "وثائقه " عن العتبيّ أنه ليس للوصي من الإنكاح شيء إذا كان لها ولي.

وكان القاضي ابن السليم يلزم الوصي بأن يأمر الولي بالتزويج ليخرج من الخلاف؛ فإن قلت: يرد على المُصَنِّف سؤالان:

الأول: ليس في كلام المُصَنِّف تعرض للوصي المطلق؛ لكونه قيَّده بالنِّكاح، وقد نص في "الْمُدَوَّنَة[1]" على أنَّ له أنْ يزوج.

الثاني: مقتضى كلامه: أنَّه إذا أوصاه على ضيعته أو تفرقة ثلثه، أنه لا يجوز له أن يزوَّج.

وقال في "الْمُدَوَّنَة[2]" في الوصي على الضيعة وتفرقة الثلث: إذا زوج رجوت أن يمضي.

فالجواب عن الأول: لا نسلم أنَّه إذا أوصى له وصية مطلقة أنَّه لم يوص له بالنكاح؛ لأنَّ الإيصاء بالنكاح داخل في الإطلاق، فكلام المُصَنِّف شامل لهذه الصورة.

وعن الثاني: أنه في "الْمُدَوَّنَة[3]" إنما تكلَّم بعد الوقوع، لا في الجواز ابتداء.

لكن نص أشهب في "ديوانه"، وحكاه عنه فضل: أنه إذا أوصاه على ماله أنه يزوج بذلك بناته ما لم يقل: وليس إليه من بناتي شيء.

وقال في "البَيَان": والقياس ما قاله ابن حبيب؛ لأنَّه قال: إذا قال: فلان وصي على مالي؛ فليس بوصي على الولد في تزويجهم، وإنما يكون وصيًّا في التزويج إذا قال: فلان وصيي، ولم يزد. أو قال: على بضع بناتي.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٦.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٦.

(٣) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٧.

تنبيهان:

الأول: مقتضى كلام اللَّخْمِيّ: أنَّه إذا عين الميت الزوج كان له أن يزوِّجها من غير خلاف، وقد صرَّح الركراكي بذلك.

اللَّخْمِيّ: وفي كتب ابن أشرس عن مالك: أنه إذا عين الأب للوصي، ولم يجعل التزويج بقرب موته أنَّه لا يجبر.

وقال: إذا قال الأب: إذا بلغت ابنتي فزوَّجها من فلان؛ لم يجز ذلك إذا بلغت فكرهت.

الثاني: قال في "الْمُدَوَّنَة[1]" بإثر الكلام المتقدَّم: ويزوِّج الولي الثيب برضاها، وإن كَرِه الوصي، وإن زوجها الوَصِي أيضًا برضاها جاز، وإن كره الولي.

وليس كالأجنبي فيها، وليس لأحد أن يزوِّج الطِّفلة قبل بلوغها من قاض أو وصي إلا الأب وحده.

عياض: وذهب بعض المشايخ إلى أن هذه الثيب التي يجوز عليها عقد الولي دون الوصي إنَّما هي الرشيدة، وأما المحجورة، فكالبكر إلا أن رضاها بالقول دون الصَّمت.

وقد وقع هذا أيضًا نصًّا لأصْبَغ في "كتاب فضل"، وابن مزين، ويحيى بن إسحاق، قال: الأولياء في الثَّيِّب غير المولى عليها أولى بالبضع من الوصي، غير أنَّه إذا زوَّجها الوصي برضاها، جاز ذلك على الأولياء، وإن كَرِهوا وليس الوَصِي في ذلك كالأجنبي، وهو ظاهر ما في النِّكاح الثَّاني والوصايا، ويعضده تشبيهه إياها بمسألة: إذا أنكح الأخ أخته الثِّيِّب بحضرة الأب، وأجاز ذلك.

وقوله: ما للأب ولها، واحتجاجه بها على هذه المسألة. وجعل فضل هذا خلافًا لما في "الواضحة" من أنَّ الوصي يقوم مقام الأب، وأنَّه أولى بعقد إنكاحها من الإخوة والأعمام والعصبة والسلطان، وأنه أولى بإنكاح مولاة الموصي من ولد وغيره، وكذلك كل من كانت ولاية تزويجه إلى الموصي من البنات والأخوات والقرابات؛ أبكارًا كن أو ثيبات، فإنَّه يتنزل الوصي منزلته. وكلامه هذا بيِّن في أنَّه أولى بإنكاح الجائزات الأمر، لذكره الموالي والأخوات والقرابات وكل من كان للموصي إنكاحه.

وذكر أنَّه قول مالك وأصحابه المدنيين والمصريين.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٧.

وقال سحنون: ليس الوصي بولي للثيب الرشيدة.

قال شيخنا أبو الوليد: هذا إذا قال الموصي فلان وصيي ولم يزد؛ يعني، ولو قال: على إنكاح بناتي، لكان أولى على كل حال، انتهى.

وهل يزوج الوصي كل من كان الموصي يزوجه؟ قال في "البَيَان": إذا قال: فلان وصيي، ولم يزد، ففي تزويجه من لا ولاية له عليهن من قرابة الموصي ومولياته، ثلاثة أقوال:

أحدها: أن له أن يزوجهن، وهو أولى بذلك من الأولياء، وهو مذهب ابن القاسم وابن حبيب.

والثاني: مثله، إلا أن الأولياء أحقُّ بذلك منه، وهو قول أَصْبَغ.

الثالث: أنه ليس له أن يزوِّج التي لا ولاية له عليها، وهو قول سحنون.

وأما وصي المولى عليه باسمه من رجلٍ أو امرأة، فلا تتعدَّى ولايته إلى غيره ممن إلى نظره، ولا يزوِّج أحدًا من قرابة الموصي، كان محجوره حيًّا أو ميتًا؛ إذ لا ولاية له على واحدة منهن، ولا اختلاف في هذا، غير أنَّ ابن الهندي، قال: إن زوج واحدة منهن مضى، وهو بعيد.

وأما لو قال: فلان وصيي على بضع بناتي، لكان وليًّا لجميع بناته في النكاح، وإن كنَّ مالكات أمور أنفسهن، وإن رشدت محجورته، فإنه يزوِّجها كما كان أبوها يزوجها وهي مالكة أمر نفسها، انتهى.

فَرْعٌ: قال في "المتيطية": اختلف في وصي القاضي؛ فقال ابن حبيب: ولي النَّسب مقدَّم عليه؛ لأنَّ ولي النَّسب مقدَّم على القاضي، فيكون مقدَّمًا على مقدمه من باب أولى.

وقال ابن حارث، وإسحاق بن إبراهيم، وابن السليم: وصي القاضي مقدم على ولي النسب؛ لأنَّ القاضي لما قدم وصيًّا، صار كالحكم، والنَّظر فيما أغفله الأب من التقديم عليها، فيتنزل منزلة وصي الأب.

(ص): (**وقال أَصْبَغ: إذا قال في مرضه إذا مت فقد زوَّجت ابنتي من فلان، فمجمع على إجازته، وهو من وصايا المسلمين**)

(**ش**): قيد سحنون هذه المسألة بأن يقبل الزَّوج النِّكاح بقرب الموت.

وقال يحيى بن عمر: سواء طال الأمر أو لم يطل. قال صاحب " البَيَان": وهو

ظاهر ما في "العُتْبِيَّة".

ونص ابن بشير على أنَّ مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]" الصِّحَّة، ولو حصل القبول بعد الطول، وأن قول سحنون خلاف.

وأشار في "البَيَان " إلى تخريج هذه المسألة على ما إذا زوَّجها بغير إذنها، ثُمَّ بلغها فرضيت، فإنه يتخرَّج في هذه الثلاثة الأقوال المذكورة في النكاح الموقوف.

اللَّخْمِيّ وغيره: أما إذا قال: إذا مت فزوِّجوا ابنتي من فلان، فهاهنا يجوز، سواء رضيه فلان بالقرب أو لا؛ لأنَّ النكاح في الأولى من الميت.

ولولا الإجماع الذي نقله أَصْبَغ، وإلا فالقياس المنع؛ لأنَّ المرض قد يطول فيتأخَّر القبول عن الإيجاب بالسنة ونحوها، وكأنَّهم لاحظوا أن المريض مضطر إلى ذلك، وكذلك اختلف في الصحيح، وإلى ذلك أشار بقوله:

(ص): **(وفي الصِّحَّة قولان)**

(ش): المنع لابن القاسم، وأَصْبَغ، وابن المواز، والإجازة لأشهب، بناءً على أنَّه نكاح مؤقَّت ولا ضرورة، أو هو جارٍ مجرى الوصيَّة؟

أَصْبَغ: وإن في المرض لمغمز ولكن أهل العلم أجمعوا على إجازته.

صاحب " البَيَان": وقول ابن القاسم أصوب؛ لأنَّه إذا كان في الصِّحة، فكأنَّه إلى أجل، ولعلَّ ذلك يطول؛ كالذي يقول: إذا مضت سنة، فقد زوَّجت ابنتي من فلان.

وقول أشهب عندي أحسن؛ لأنَّه إذا حمله على الوصيَّة، فلا فرق بين الصِّحَّة والمرض في ذلك، انتهى.

فَرْعٌ: واختُلِفَ فيمن قال إن فعلت كذا فقد زوَّجتك ابنتي؛ فلمالك في "العُتْبِيَّة " في القائل: إن أتيتني بخمسين دينارًا، فقد زوجتك ابنتي: لا يعجبني هذا النكاح ولا تزويج له، ولأشهب في "المَوَّازِيَّة " في الذي يقول للخاطب: إن فارقتك امرأتك، فقد زوجتك ابنتي، أنَّ النِّكاح يجوز؛ فجعله ينعقد بنفس الفراق.

قال: ولو قال: إن فارقت امرأتك زوجتك، كانت عدة ولم يلزمه تزويجه، وأحبُّ إليَّ أن يفي.

التُّونُسِيّ: والقياس: أن يجبر على التزويج؛ لأنَّه وعد أدخله بسببه في فراق زوجته

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٧.

كما لو قال: بع فرسك والثمن عليَّ، أو اهدم دارك وأنا أعطيك كذا، فإنه يلزمه ذلك.

قال في "البَيَان": وهذا الخلاف عندي إذا أراد إن فعلت ذلك بالقرب، ولو قال: متى فارقت امرأتك، لم يجز باتِّفاق.

(ص): **(وبقيَّة الأولياء يزوِّجون البالغ خاصة، على الأصح بإذنها، وإن كانت سفهية)**

(**ش**): أي: ما عدا السيد والأب والوصي إنَّما يزوجون البكر البالغ خاصة لا غير البالغ، ومقابل الأصح سيأتي إن شاء الله تعالى في اليتيمة، ولهذا كان الأولى أن يسقط هنا قوله: (على الأصح)؛ لأن ما يأتي يغني عنه قوله: (وإن كانت سفيهة) يعني: أن السَّفيهة لا يسقط وجوب استئذانها؛ لأنه إنَّما يمنع من النَّظر في المال، ولهذا لا يكون لوصي المرأة قيام فيما يتعلَّق بالضَّرر من زوجها إلا بتوكيل منها على ذلك.

فَرْعٌ: هل لا يعقد الولي العقد إلا بتفويض من المرأة؟

قال فضل بن سلمة: لا بد أن يذكر في الصَّداق تفويض المرأة إلى الولي عند نكاحها إذا كان المزوِّج أخًا، أو وليًّا، أو وكيل السلطان، ما عدا الأب، وهو قول ابن القاسم بكرًا كانت أو ثَيِّبًا.

وأنكر ابن حبيب ذلك فيهما جميعًا، وقال: هو حق له قد استخلفه الله تعالى عليه، والوليُّ أحقُّ به منها.

المتيطي: وإذا قلنا بقول ابن القاسم، فظاهر مذهب الموثقين: أنَّه يكفي في تفويضها صماتها.

وفي "المنتقى " في بعض توجيهاته أنَّها إذا أمرت وليها أن يزوِّجها، لم يكن بد من نطقها.

قال: وانظر إذا كانت غائبة عن موضع الولي والزَّوج، وأرادت التفويض إليه، فالظاهر: أنَّه لا بد من نطقها، ولا ينبغي أن يختلف في ذلك، انتهى.

(ص): **(ويُستحبُّ إعلام البكر أنَّ صَمْتَهَا إذنٌ مَرَّة، وقيل: ثلاثًا، فإن مُنِعَت لم تُزوَّج)**

(**ش**): إنما خصت البكر بالصمات لما يلحقها من الحياء بالنُّطق؛ لئلا تنسب إذا نطقت بالميل إلى الرجال.

ابن رشد: وجه استئمار البكر في النِّكاح، أن يقول لها الولي بحضرة الشهود: إني

أزوجك من فلان، فتسكت.

قال صاحب " الوثائق المجموعة " وغيره: أو يقول لها ذلك الشهود، وصفة ذلك أن يقول لها الشهود أو أحدهم مرة - وقال ابن شعبان: ثلاثًا - إن فلانًا خطبك على صداق مبلغه كذا وكذا، المعجل منه كذا، والمؤجل كذا؛ فإن كنتِ رضيتِ فاصمتي، وبصماتك يلزمك ذلك، وبه يستدلّ على رضاك، وإن كنت كارهة فانطقي.

ابن الماجشون: ويطيلون المقام عندها قليلا.

قال في "العُتْبِيَّة": ولا يسألها الشهود ولا الولي إذا سكتت، هل رضيتِ أم لا؟

قوله: (يُستحبُّ) أي: لو ترك لم يضر.

ابن عبد السلام: وظاهر قول غير ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[1]"، وهو نص قول مالك من رواية ابن مسلمة: أنَّ ذلك واجب، انتهى.

والذي في "البَيَان": روى محمد بن مسلمة عن مالك أنَّه ينبغي لهم أن يعلموها؛ إذ ليس كل بكر تعلم أن إذنها صماتها، وعلى هذه الرواية يأتي قول ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[2]".

وفي الباجي: بعد أن ذكر أن ظاهر قول غير ابن القاسم كما قال ابن عبد السلام غير أن أصحابنا حملوه على الاستحباب.

عياض: وتردد أبو عمران في قول الغير، هل هو وفاق أو خلاف؟ ونقل عن ابن سحنون أنه حمله على الخلاف، وإليه ذهب ابن بشير.

قوله: (فإن مُنِعَت لم تُزَوَّج) هذا صحيح، وإلا لم تكن فائدة في استئذانها، ويعلم منعها بالنطق وغيره.

ابن الجلاب: وإن نفرت، أو بكت، أو قامت، أو ظهر منها ما يدل على إنكارها لم يلزمها.

وفي "الْمَوَّازِيَّة " أنَّ بكاءها رضًا؛ لاحتمال أن تكون بكت على فقد أبيها، وتقول في نفسها: لو كان أبي حيًّا، لما احتجت إلى ذلك.

بعض الموثقين: وقعت هذه المسألة، فحكم فيها بإمضاء النِّكاح، وأمَّا إن ضحكت، فذلك رضًا منها.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٨.

(٢) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٩.

(ص): (**ولو قالت: ما عَلِمْتُ أنَّ الصَّمتَ إذنٌ لم يُقْبَلُ على الأصحّ**)

(**ش**): لأنَّه مشتهر، ولعل مقابل الأصح مبني على وجوب إعلامها، وإلا فلو كان استئذانها مستحبًّا بلا خلاف، لما صح أن تعذر بالجهل.

واختار عبد الحميد أن ينظر إلى هذه الصبية، فإن علم منها البله، وقلة المعرفة قُبل منها وإلا فلا.

فَائِدَةٌ:

مسائل لا يعذر فيها الجهل؛ منها: هذه.

ومنها: من أثبتت أن زَوْجَها يضربها فتلوم له الحاكم، ثُمَّ أحضره ليطلق عليه، فادعى أنَّه وطئها، سقط حقَّها ولو ادَّعت الجهل.

ومنها: الأمة المُعْتَقَة إذا وطئها زوجها بعد عتقها، وادَّعت الجهل بالحكم، فإنه يسقط خيارها.

ومنها: إذا وطئ المرتهن الأمة المرتهنة؛ فإنه يحدُّ، ولا يعذر بجهالة.

ومنها: من سرق ثوبًا لا يساوي ربع دينار وفيه ربع دينار.

ومنها: من ملك زوجته فقضت بالبتة، وادَّعى الجهل بحكم التَّمليك، فقيل له: يلزمك ما أوقعت.

فقال: ما أردت إلا واحدة.

ومنها: من وجب له على أبيه يمين أو حد فأخذه بذلك، فلا تجوز شهادته، ولا يعذر بالجهل.

وقيل: لا تسقط بذلك شهادته.

ومنها: الذي يقطع الدنانير والدراهم، فلا تجوز شهادته ولو كان جاهلا.

ومنها: المرتهن يردُّ الرَّهن فتبطل حيازته، ولا يعذر بالجهل.

ومنها: قول أَصْبَغ في المظاهر يطأ قبل الكفَّارة، أنَّه يعاقب ولا يُعْذَر بجهل.

ومنها: من قذف عبدًا فظهر أنَّه حُرٌّ.

ومنها: امرأة يغيب عنها زوجها فتنفق من ماله، ثُمَّ يأتي نعيه، فترد ما أنفقته من يوم الوفاة.

ومنها: البيوع الفاسدة كلُّها حكم العالم.

ومنها: من ابتاع أحدًا ممن يعتق عليه جهلا، فيعتق عليه ولا يعذر بجهل.

ومنها: من دفع زكاته لكافر أو غني يظن الكافر مسلمًا والغني فقيرًا، فلا يجزئه.

ومنها: المظاهر يطأ امرأته في الصيام، فيلزمه الابتداء ولا يُعْذر بجهل.

ومنها: الشَّفيع يقوم بعد العام وهو عالم بالبيع وهو حاضر.

ومنها: المُطَلَّقة يراجعها زوجها، فتمكث حتى يطأها، ثُمَّ تدَّعي أن عدتها قد كانت انقضت، وتدَّعِي الجهل في سكوتها.

ومنها: المرأة تزوَّج وهي حاضرة، فتسكت ولا تنكر حتى يدخل بها الزَّوج، ثُمَّ تنكر النِّكاح وتقول: لم أرضَ به، وتدَّعي الجهل.

ومنها: الرجل يباع عليه ماله ويقبضه المشتري وهو حاضر لا يغير ولا ينكر، ثم يقوم ويدعي أنَّه لم يرض ويدَّعي الجهل.

ومنها: من حاز مال رجل المدة التي تكون الحيازة عاملة فيها وادَّعى أنَّه ابتاعه منه، فإنه يصدق مع يمينه ولا يعذر صاحب المال إن ادَّعى الجهل.

ومنها: البدويُّ يقر بالزِّنا أو الشرب، ويقول: فعلت ذلك جهلا.

ومنها: من رأى حمل امرأته فلم ينكره، ثُمَّ أراد أن ينفيه بعد ذلك.

ومنها: من وطئ في اعتكافه وادَّعى الجهل، فلا يعذر.

ومنها: العبد يزني أو يشرب قبل علمه بعتقه، فإنه يحد كالحر ولا يعذر بجهله.

ومنها: كثير من مسائل الوضوء والصلاة والحج، وكذلك أكل مال اليتيم، والمتصدِّي للفتوى بغير علم، والطبيب يقتل بمعاناته وهو جاهل بالطب.

ومنها: الشاهد يخطئ في شهادته في الأموال والحدود.

ومنها: ما في "الواضحة " فيمن باع جارية، وقال: كان لها زوج فطلقها أو مات عنها، وقالت ذلك الجارية، لم يجز للمشتري أن يطأ ولا يزوج حتَّى تشهد البيِّنة على الطلاق أو الوفاة، وإن أراد ردها وادَّعى أن قول البائع والجارية في ذلك مقبول، لم يكن له ذلك، وإن كان ممن يجهل معرفة ذلك.

ومنها: ما قاله أَصْبَغ فيمن اشترى نصرانيَّة فأعتقها في الكفَّارة: أنَّها لا تجزئه ولا يعذر بالجهل.

ومنها: الغريم يعتق بحضرة غرمائه، فيسكتون ولا ينكرون ذلك، ثُمَّ يريدون القيام، ويدعون الجهل.

ومنها: الرَّجل يبيع العبد على الخيار ويتركه بيد المبتاع حتى يطول الأمر بعد

انقضاء أيام الخيار.

ومنها: الشاهدان يريان الفرج يستحل، والحر يستخدم فيسكتان ولا يقومان بشهادتهما، ثمَّ يقومان ويدعيان الجهل، فلا تقبل شهادتهما.

ومنها: ما في سماع عيسى في كتاب " التخيير " في الذي يُملِّك امرأته أمرها، فتقول: قبلت؛ ثم تصالحه بعد ذلك قبل أن تسأل ما قبلت، ثم تقول: كنت أردت ثلاثًا لترجع فيما صالحت به أنَّها لا ترجع بشيء على الزوج، لأنَّها حين صالحت علمنا أنَّها لم تطلق ثلاثًا ولا تُعذر بالجهل.

ومنها: المخيرة تقضي بواحدة ثُمَّ تريد أن تختار بعد ذلك، وتقول: جهلت وظننت أن لي أختار واحدة.

ومنها: التي يقول لها زوجها: إن غبت عنك أكثر من ستة أشهر فأمرك بيدك، فيغيب عنها أو تقيم بعد الستة المدة الطويلة من غير أن تشهد أنَّها على حقها، ثُمَّ تريد أن تقضي وتقول: جهلت وظننت أن الأمر بيدي متى شئت.

ومنها: الرَّجل يجعل أمر امرأته بيد أجنبي، فلا يقضي المملك حتى يطأها، ثم تريد أن تقضي، ويقول: جهلت وظننت أنَّ ذلك لا يقطع ما كان لي.

ومنها: المملكة والمخيَّرة يملكها زوجها ويخيرها، فلا تقضي حتى ينقضي المجلس على أوَّل قول مالك ثُمَّ تريد أن تقضي بعدُ، والله أعلم.

(ص): (**والبُلُوغ بالاحتلام أو بالإنبات أو السِّنِّ وهي ثمان عشرة، وقيل: خمس عشرة، وتزيد الأنثى بالحيض والحمل**)

(ش): حاصله: أن للبلوغ خمس علامات؛ منها: ثلاث يشترك فيها الذكور والإناث، ومنها اثنتان تختصَّان بالأنثى.

وما ذكره من العلامات متَّفق عليه إلا الإنبات، ففي اللَّخْمِيّ: اختلف في البكر تشارف البلوغ، فقال ابن القاسم: لا بأس إذا جرت عليه المواسي أنَّ تزوج برضاها، وقال مرة: لا تزوج حتى تبلغ. ونحوه لابن يونس.

وعلى المنع فهل يفسخ مطلقًا - وهو قول ابن حبيب - أو لا يفسخ؟

ابن عبد السلام: اضطرب المذهب في اعتبار الإنبات كثيرًا.

وقال بعض متقدِّمي أصحابنا أنَّه يعتبر في الأحكام التي بين العباد كالقصاص وما ينظر فيه الحاكم من الحدود، ولا يعتبر فيما لا ينظر فيه القضاة؛ كالصلاة والحج، فيقتل

من أنبت إن قتل، ولا يؤمر بحج ولا صيام.

وقال بعض الشيوخ: إن هذا متَّفق عليه. أعني: ما ذكروه في الأحكام التي بينه وبين الله تعالى.

وإنَّما الخلاف في القسم الآخر، ويرى صاحب هذا القول أنَّ ما جاء من الأمر بقتل من جَرَت عليه المواسي لا يتعدَّى إلى غيره من الأحكام التي بين العبد وربه تعالى، والمشهور في السن ما قدمه.

والقول بالخمس عشرة لابن وهب، ولا فرق في هذا الفصل بين الذكر والأنثى.

(ص): (ورجع مالك إلى أنَّه لا تُزوَّج اليتيمة قبل البلوغ، وعنه: إن دعت حاجة ومثلها يوطأ جاز، وقيل: تُزَوَّج ولها الخيار إذا بلغت. وقال ابن بشير: اتَّفق المتأخرون أنَّه يجوز إذا خيف عليها الفساد)

(ش): (اليتيمة) من لا أب لها، والرواية المشهورة: أنَّها لا تزوَّج إلا بعد البلوغ.

قال الأستاذ أبو بكر: وهو المذهب الصحيح.

وقال القاضي أبو محمد: هو أظهر الأقوال وأصح الروايات، والذي يفتي به، وإليه رجع مالك.

اللَّخْمِيّ: وقال مالك في "الْمَوَّازِيَّة " في صبية بنت عشر سنين ذات حاجة تتكفَّف الناس: لا بأس أن تزوَّج برضاها، وإن كانت صغيرة لم تنبت.

فأباح أن تزوَّج للحاجة، وهو أحسن، وإليه أشار بقوله: (وعنه: إن دَعَت حاجة ومثلها يُوطَأُ جاز).

وفي "المتيطية": وروى محمد بن عبد الحكم عن مالك: أنه رجع عما في "الْمَوَّازِيَّة " إلى الرواية الأولى، وحكى ابن الجلاب فيه ثلاثة روايات: هاتين الروايتين، والثالثة: أنَّ النِّكاح جائز ولها الخيار إذا بلغت في فسخه وإمضائه.

وجعل ابن بشير هذا الخلاف يجري في غير المميزة إذا احتاجت.

قال في "البَيَان": ولا يجوز تزويج اليتيمة المميزة لمصالحها كارهةً اتفاقًا.

وقوله: (وقيل: تُزوَّج ولها الخيار إذا بَلَغَت) ظاهره: أنه يجوز الإقدام على ذلك، وبه صَرَّح ابن بشير، وهو قريب من الرواية التي حكى ابن الجلاب، وفي هذا القول نظر؛ لأنَّ الخيار عندنا مناف لصحة عقد النكاح، وما حكاه المُصَنِّف عن ابن بشير، قال ابن عبد السلام: العمل عندنا ببلدنا اليوم هو الذي عليه بشرط بلوغها عشر سنين

ومشاورة القاضي.

قال غيره: وتأذن بالقول ويكون لها ميل إلى الرجال.

قال في "المتيطية": وبه جرى العمل عند الموثقين، وانعقدت به الفتوى.

وذكر عياض أنَّ الحذاق على الإجبار متى خيف عليها الفساد، وإن كانت ثَيِّبًا.

(ص): **(وعلى المشهور يُفْسَخ وإن دَخَل)**

(ش): هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: (ما لم يدخل) وهو كذلك في ابن شاس لأنَّه قال: وإذا فرعنا على الرواية الصحيحة فزوجت، فروي: **يفسخ** النكاح ولا يقرَّان عليه، وإن بلغت ما لم يدخل.

وقيل: ينظر فيه الحاكم، فإن رآه صوابًا أمضاه وإلا فسخه.

وقيل: الخيار لها، فإن رضيت مضى، وإلا فسخ، وإنما يكون ذلك بعد بلوغها.

ابن عبد السلام: النسخة الأولى هي الصحيحة، فإن ابن حبيب نقل عن مالك وأصحابه أنه يفسخ وإن ولدت أولادًا ورضيت بزوجها، وقيل: يفرق بينهما ما لم يطل بعد الدخول.

قال أَصْبَغ متمِّمًا لهذا القول: ما لم يطل وتلد أولادًا، ولم ير الولد الواحد والسنتين بعد ذلك طولا.

وفي "المتيطية": المشهور إذا زوجت وكانت غنية، أنه يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يطل بعد الدخول، ثم ذكر ما رواه ابن حبيب.

وعلى هذا فتكون نسخة (وإن دَخَلَ) مقيدة بما إذا لم يطل، ويكون قوله في النسخة الثانية: (ما لم يدخل) يريد ويطول بعد الدخول.

قال في "البَيَان": وقال: ابن القاسم لا يفسخ؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى﴾ [النساء: ٣]، معناه: لا تعدلوا في تزويجهن، وهو دليل جواز العقد عليهن قبل البلوغ؛ إذ البالغ لا يقال له يتيم.

قال: وقيل: إذا بلغت ما لم يطل الأمر بعد الدخول؛ لأنه حق لها.

وقال مالك: يُكره، فإن وقع لم يفسخ.

(ص): **(وإن تقدَّم العقد على الإذن فثالثها: المشهور: إن تعقَّبه قريبًا صَحَّ)**

(ش): معناه: إذا عقد ولي على امرأة نكاحًا قبل أن تأذن، ثم بلغها فرَضِيَت، ففي ذلك ثلاثة اقوال، وهي أيضًا فيمن زوج ابنه البالغ ثم بلغه ذلك فرضي، نص على ذلك

اللَّخْمِيّ، أما إن لم ترض، فلا إشكال في عدم اللُّزوم.

والثلاثة الأقوال لمالك، الإجازة مطلقًا في "الْمَوَّازِيَّة"، والمنع مطلقًا حكاه الجلاب، والمشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، والضمير في (تعقَّبَهُ) عائد على العقد، والضمير المستتر عائد على الإذن.

واختلفت طرق الشيوخ في هذه المسألة، فحكى ابن زرقون الثلاثة كالمُصَنِّف، وذكر في "التنبيهات " عن بعضهم: أنَّ الخلاف إنَّما هو في البعد.

وقال في "البَيَان": إنما اختلف في القرب، وأما مع البعد فلا يجوز النكاح، وإن أجازه باتفاق إلا على تأويل التُّونُسِيّ؛ فإنه تأوَّل أنه لا فرق على أحد قولي مالك بين القرب والبعد، وعلى هذا فيكون في المسألة ثلاثة أقوال، انتهى.

وجعل الباجي المسألة على وجهين:

أحدهما: أن يكون موقوفًا من الطرفين.

والثاني: أن يكون موقوفًا من طرف واحد.

وحكى في الموقوف من طرفين قولين: الجواز مطلقًا، والمنع مطلقًا.

قال: وهو الصحيح عندي.

وقد اختاره ابن القصار، قال: وأما الموقوف أحد طرفيه على الآخر؛ ففي كراهة ما قرب منه قولان، وما بعُد قولان: الجواز والإبطال.

وعلى المنع فعن ابن القاسم: يفسخ قبل، ويثبت بعد؛ لأنَّ جل الناس على إجازته.

قال في "البَيَان": واختاره محمد، وفي سماع عيسى عن ابن القاسم: يفسخ ما لم يطل بعد الدخول.

وقال أَصْبَغ: يفسخ أبدًا وإن طال.

وقال أَصْبَغ أيضًا: يؤمرون بالفسخ من غير حكم لاختلاف العلماء فيه.

وهذا لم يعترف الولي بالافتيات حال العقد، أو يدعي الوكالة؛ فإن اعترف بالافتيات عند العقد فسخ النِّكاح أبدًا اتِّفاقًا، وإن ادَّعى الوكالة حال العقد، ووافقته الزوجة صَحَّ النِّكاح اتِّفاقًا.

واختلف إذا أنكرت، فقيل: تحلف، وإن نكلت لَزِمَها النكاح.

---

(١) المدونة الكبرى ١ / ٥٤٩.

وقيل: تحلف، وإن نكلت لم يلزمها النِّكاح. واليمين على هذا إنما هي استظهار لعلها تعترف بالوكالة، وقيل: لا يمين عليها.

وأما حد القرب؛ فقال في "الْمُدَوَّنَة[1]": وإن كانت بغير البلد أو فيه وتأخَّر إعلامها لم يجز وإن رضيت.

وهذا قول مالك وأصحابه ونحوه لعيسى؛ لأنَّه حد القرب بأن يعقد في السوق أو في المسجد، ثُمَّ يسار إليها بالخبر من ساعته، ونحوه روي ابن حبيب عن مالك أنَّه اشترط ثلاثة شروط، فقال: إن كان الرضا بقرب تزويجه، وكانت معه في البلد أو تباعد ما بين تزويجه ورضاها، وإن كانا بموضع واحد، فلا يجوز.

وقال أَصْبَغ وسحنون: اليوم واليومان قريب، والخمسة كثيرة. وجعل مالك اليوم في رواية ابن حبيب من حيِّز الكثير، وعن سحنون: ما بين مصر والقلزم قريب، وما بين مصر والإسكندرية أو أسوان بعيد.

اللَّخْمِيّ: ولا أعلم له وجهًا إلا أن يقول أن الخيار إلى يوم أو يومين جائز.

واعلم أنَّه إنَّما يجوز على المشهور بالقرب، إذا لم تصرِّح قبل ذلك بالرد، وأما إن قالت: ما وكلته ولا أرضى. ثُمَّ رضيت فلا يجوز؛ نص عليه في "الْمُدَوَّنَة[2]" و"الْمَوَّازِيَّة"، زاد في "الْمَوَّازِيَّة " عن مالك: وإن أقرَّت بعد ذلك بوكالته وأنَّها كانت راضية، فلا يجوز ولا يثبت إلا بنكاح جديد.

(ص): **(والصُّمات هُنَا لغو)**

(ش): يعني: إذا رضيت بالنكاح في هذه المسألة فلا يشهد عليها إلا من يسمع نطقها، ولا يكون سكاتها هنا رضًا؛ لأن الولي لما تعدى عليها افتقرت إلى التَّصريح برفع العداء، وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة[3]"، وقيل: يكتفى منها أيضًا هاهنا بالصمات.

فَائِدَةٌ:

هذه إحدى سبع أبكار لا يكون رضاهن إلا بالنطق، ذكرها الموثقون.

والثانية: المرشَّدة كان الأب أو ولي.

الثالثة: المعَنَّسة، هكذا أطلق ابن راشد القول في المعنسة.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ٩٨.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ٩٩.

(٣) المدونة الكبرى ٢ / ٩٩.

وقال الباجي والغرناطي وابن عبد السلام: اليتيمة المعنَّسة، وقد تقدَّم فيها خلاف.

الرابعة: اليتيمة تزوَّج لعبد أو من فيه عقد حرية أو لذي عيب؛ إذ ذاك عيب تدخل عليه ويلزمها.

الخامسة: التي عضلها وليها، فرفعت أمرها إلى الحاكم.

السادسة: اليتيمة الصغيرة المحتاجة، ذكرها الغرناطي.

السابعة: اليتيمة إذا سيق لها مال نسبت معرفته إليها إذا لم يكن لها وصي.

المتيطي: وحكى ابن لبابة وابن العطار عن كثير من شيوخنا أنَّه إن كان صداقها عرضًا، فلا بد من نطقها؛ لأنَّها بائعة مشترية، والشراء لا يلزم بالصمت، فلا بد من نطقها؛ لأن الوليّ إنَّما له عوض البضع لا الشراء، ثُمَّ حصل فيها ثلاثة أقوال؛ فرق في الثالث بين العرض فلا بد من نطقها، وبين العين فيكتفي بالصمت.

(ص): (**فإن أقرَّت بالإذن، وقالت: لم يزوجني صدق الوكيل إن ادَّعاه الزَّوج كوكيل البيع**)

(**ش**): تصوُّره ظاهر؛ لأنَّ كلا من الزوجة وصاحب السلعة مقرٌّ بالإذن، والوكيل قائم مقامها، ولا يكلف إقامة البينة على إقامة النكاح والبيع.

ابن بشير: ويختلف إذا عزلته، وقالت: لم يعقد إلا بعد العزل، وادعى هو العقد قبله.

(ص): (**وقال مالك: وتكشف من لا تعرف لمن يشهد على رؤيتها**)

(**ش**): يعني: أن المرأة إذا شهد عليها الشهود في النكاح - وفي معناه سائر الحقوق - فإن كان الشهود يعرفونها بالعين والاسم والنسب شهدوا عليها، ولا يحتاجون إلى النظر إليها، وإلا فلا بد من نظرها، ويحتاج في ذلك إلى أن يكتب من صفاتها في الوثيقة ما تعرف بها، ولا يقول في نص الوثيقة: من يعرفها باسمها، ولكن يقول من يعرفها بعينها.

ولهذا قال في "البَيَان": وينبغي إن وجد من العدول من يعرفها، فلا يشهد عليها من لا يعرفها، قال: ولا يصح لمن يشهد عليها أن يشهد غيره على شهادته أن فلانة بنت فلان أشهدتهم بالرضا بالنكاح؛ لاحتمال ألا تكون هي التي أشهدتهم فيموتوا ويُشْهَد على شهادتهم، فيلزمه نكاح ولم ترض به، ولا أشهدت به على نفسها؛ لأنَّ إشهادهم على شهادتهم بذلك كشهادتهم به عليها عند الحاكم، قال: وأما عند الأداء فلا يحل

للشاهد أن يشهد بالإجماع إلا على من يعرف أنَّه هو الذي أشهده دون شك، انتهى.

قال بعضهم: وإذا حضر عقد النكاح من يعرف المشهدين، ومن لا يعرفهم كان لمن لا يعرف أن يشهد، ولا يلزمه أن يبين ما يلزمه لو انفرد، قال: وبه جرى العمل عندهم، وفيه نظر.

فَرْعٌ: يجوز النظر للشابة الأجنبيَّة الحرَّة في ثلاثة مواضع: للشاهد، وللطبيب ونحوه، وللخاطب. وروي عن مالك عدم جوازه للخاطب، ولا يجوز لتعلم علم ولا غيره.

قالوا: ولا يباح للخاطب أن ينظر إليها إلا إلى وجهها وكفيها.

ويحتاج في ذلك إلى إذنها في رواية ابن القاسم، وكَرِهَ فيها أن يستغفلها، وروى محمد بن يحيى: لا بأس أن ينظر إليها وعليها ثيابها.

قال في "البَيَان": يحتمل أن ينظر إليها مستغفلة إذا علم أن عليها ثيابها، ويحتمل أن ينظر إليها بعد إعلامها.

ابن العربي: وينظر إلى المخطوبة قبل العقد لما في "أبي داود": أنَّه عليه الصلاة والسلام قال: "إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ الْمَرْأَةَ، فَإِنِ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ"[(١)].

(ص): (فإن أذنت ولم تُعيِّن الزَّوج، ففي وقوفه على إجازتها قولان، إلا من نفسه فيقف عليها)

(ش): القولان في "الْمُدَوَّنَة[(٢)]"، ففيها: قال مالك: وإن قالت امرأة لوليها: زوِّجني ممن أحببت، فزوَّجها من نفسه أو من غيره، لم يجز حتى يسمِّي لها من يزوِّجها منه، ولها أن تُجيز أو ترد، وقد قال عبد الرحمن: إن زوَّجها من غيره جاز، وإن لم يسمِّه، وإن زَوَّجها من نفسه فبلغها ذلك فرضيت، جاز.

اللَّخْمِيّ: وقول ابن القاسم أحسن؛ لأنها وكالة على ما يجوز بيعه، فأشبهت الوكالة على غير ذلك من البياعات، وقياسًا على توكيل الزَّوج إذا لم يعين المرأة، ولا أعلمهم يختلفون أن ذلك يلزمه.

ويمكن أن يفرق بين الرجل والمرأة بأن الرجل قادر على الطلاق.

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٢٠٨٢).

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٠.

واختلفت طرق الشيوخ إذا زوجها من نفسه؛ ففي "البَيَان": لا يلزمها إلا أن تشاء باتفاق.

وحكى اللَّخْمِيّ عن ابن القصَّار اللُّزوم. وبنى ابن بشير ذلك على الخلاف بين الأصوليين؛ هل يدخل المخاطب تحت الخاطب أم لا؟ قال: وكذلك اختلف في البيع؛ هل له أن يبيع من نفسه أم لا؟ والمشهور ليس له ذلك.

وقد يقال بعدم دخول المخاطب هنا، ولو قلنا أن المخاطب يدخل تحت الخطاب لأنَّ القرينة العرفيَّة هنا تخالفه.

وإذا فرعنا على المنع؛ فهل له أن يزوِّجها ممَّن هو في ولايته كابنه ويتيمه؟ أجراه اللَّخْمِيّ على الخلاف في الوكيل على البيع فيبيع لولده، فرده ابن القاسم وإن لم تكن فيه محاباة، وأجازه سحنون.

وقوله: (لم تُعيِّن) أي: وأما إن عينت الزَّوج؛ فإنَّه يجوز باتفاق إذا وقف على إجازتها، ففي "البَيَان": لها الرضا؛ قرُب الأمد أو بعد.

وقال ابن حبيب: إنَّما يجوز ذلك إذا كان بحدثان العقد، وأما إن لم يكن بحدثانه، فليس لها الرضا إلا بنكاح جديد بعد فسخ الأول على قياس المشهور في الولي يزوِّج وليته الغائبة ثُمَّ ترضى، وليس بصحيح؛ لأنَّهما مسألتان.

(ص): **(ويجب على الوليِّ تزويج البالغ إذا دَعَتْ إلى كُفْءٍ مُعَيَّن، فإن عَضَلَهَا أَمْر، فإن امتنع زوَّجها الحاكم)**

(ش): لأنَّه لو لم يجب عليه تزويجها مع كونها مضطرة إلى عقد؛ إذ ليس لها أن تعقد كان ذلك من أعظم الضرر بها.

قال صاحب " العمدة": ويعقد السلطان لأنَّه كالحاكم عليه، وإن شاء ردَّه إلى غير العاضل فصرَّح بأنَّها تنتقل إلى الحاكم لا إلى الأبعد، وكذلك هو ظاهر كلامهم.

والعضل: المنع من التزويج، يقال: عضل يعضل ويعضل عضلا.

ابن راشد: ولو عين الولي كفئًا غير الكفء الذي عينته فالأمر في ذلك إليها.

ابن القاسم: ولو رفعت أمرها إلى القاضي، فلا يزوجها حتى يسألها: هل لها ولي؟ فإن ثبت عنده أنها لا ولي لها من جيرانها وغيرهم زوَّجها، وإن كان لها ولي فلا يزوجها حتى يدعوه، وإن امتنع من إنكاحها سأله عن وجه امتناعه، فإن رآه صوابًا، ردها إليه صاغرة ولم يجبره على إنكاحها ممن كره. إن رآه ضررًا وكل من يزوجها بعد

أن يثبت عنده من أمرها ما يجب.

ابن أبي زمنين وابن العطار: وبه جرى العمل واستمرَّ الحكم.

(ص): (**وعَضْلُ الأب في البِكْر لا يتحقَّق بردِّ خاطب أو خاطبين حتى يتبيَّن ضرره**)

(ش): نحوه في "الْمُدَوَّنَة"[(١)]، زاد فيها: وإذا تبين ضرره قال له الإمام: إما أن تزوجها أو زوجناها عليك؛ لأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "**لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ**"[(٢)]، وخصَّ الوالد بهذا الحكم لما جبل عليه من الحنان والشفقة، ولجهلها بمصالح نفسها، فربما علم منها ما لا يحسن به حالها مع هذا الخاطب أو علم من حال الخاطب ذلك.

وقال أبو الفرج: هو عاضل برد أول خاطب.

وقال ابن حبيب: ليس للسلطان أن يتسور إليه في ابنته، وإن طلبت ذلك الابنة، وقد منع مالك بناته من النكاح، وقد رغب فيهن خيار الرجال، وفعل ذلك العلماء قبله وبعده.

والظاهر: أن قوله ليس بخلاف للمذهب؛ لأنَّه شرط في المذهب أن يتبيَّن الضرر.

وليس كلام ابن حبيب ذلك، بل استشهاده بفعل مالك وغيره من العلماء، ويبين ذلك لأنَّهم لا يقصدون الضرر فضلا عن أن تبين ذلك منهم.

لكن حمل اللَّخْمِيّ وصاحب "البَيَان" وغيرهما قول ابن حبيب على الخلاف.

وقال اللَّخْمِيّ: إن كان الأب من أهل العلم والصلاح، لم يعرض له، وإن لم يكن سئل الجيران، فإن لم يكن عذر زوجت.

تنبيهان: الأول: المزوج مع عضل الأب الحاكم بلا إشكال، نص عليه المتيطي وغيره، وهو مما يبين أنَّه إذا امتنع الولي الأقرب ينتقل إلى الحاكم لا إلى الأبعد.

الثاني: قوله في "الْمُدَوَّنَة"[(٣)]: (حتى يتبين ضرره) يقتضي أنَّه إذا جهل أمره لم تزوَّج عليه.

وكذلك قال في "أحكام ابن زياد": في الثَّيِّب إذا قالت: عضلني أبي لغير عذر، وقال الأب: لعذر. القول قوله، وعلى الثَّيِّب إثبات ما ادَّعت.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٠.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٠.

(ص): (**وإذا كان أولياء في درجة فبادر أحدهم صحَّ، وإن تنازعوا فأفضلهم ثُمَّ أسنهم، فإن تساووا عقدوا جميعًا**)

(**ش**): لا إشكال في الصحة مع مبادرة أحدهم، لكن لا يقدم على ذلك ابتداء، فقد روى ابن وهب عن مالك في امرأة لها وليَّان في درجة غاب أحدهما فزوجها الحاضر برضاها: لم يكن للغائب كلام، وإن كانا حاضرين ففوضت لأحدهما، لم يزوجها إلا بإذن صاحبه؛ فإن اختلفا في ذلك، نظر السلطان، فأجاز رأي أحسنهما نظرًا لها، ذكره صاحب " الكافي "والمتيطي وغيرهما، لكن مقتضى قوله في "الْمُدَوَّنَة[1]": وإنَّما الذي لا ينبغي لبعض الأولياء أن ينكح وثم من هو أولى منه؛ لأنَّ تقديم الأقرب على الأبعد إنما هو من باب الأولى، وأن لبعض الأولياء إذا كانوا في درجة أن يزوِّج ابتداءً بغير إذن الباقين.

ونقل عياض عن بعض البغداديين أنَّهم أجازوا إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب ابتداءً من غير كراهة.

قوله (في دَرَجَةٍ) أي: كإخوة وأعمام.

وما ذكره المُصَنِّف من أنَّه يقدم بالفضل، ثُمَّ بالسن، وأنَّهم إن تساووا في الفضل والسن عقدوا جميعًا هو لمالك عند ابن حبيب.

والذي رواه ابن القاسم وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة[2]" عند اللَّخْمِيّ، والباجي، وعبد الحميد وغيرهم: أنه ينظر السلطان؛ لأنَّ فيها: وإذا اختلف الأولياء وهم في القُعْدُد سواء، نظر السلطان في ذلك. ففهموا منها العموم.

ابن بشير: وقال سحنون: معناه في الأوصياء، وأما الأولياء؛ فمن قدمته المرأة، فهو أحق.

خليل: وفيه نظر؛ لأنَّ سحنون إنَّما نص على أن ذلك في الأوصياء فقط، ولم يتعرَّض للأولياء، وإنما قال أن المرأة تُخَيَّر فيمن يتولَّى العقد عليها بعض القرويين على ما نقله الباجي، وابن زرقون وغيرهما، ونقل عبد الحميد عن المغيرة أنه يقرع بين الأولياء إذا تساووا.

وفي "الكافي": وإذا تساووا في الدرجة والفضل، وتشَّاحوا نظر الحاكم في ذلك

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٠.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٠١.

فما رآه سدادًا ونظرًا أنفذه وعقده، أو ردَّه إلى من يعقده منهم.

وقد قيل: يأمر أحدهم بالعقد ولا يعقده هو مع ولي حاضر.

ابن راشد: والأول تحصيل المذهب؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الأولياء: "فَإِنِ اشْتَجَرُوا، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ"[1].

(ص): **(فإن اختلفوا، فروى ابن القاسم: ينظر السلطان)**

(**ش**): أي: في تعيين الزوج.

فقال بعضهم: لهذا. وقال الآخرون: بل لهذا. وأما الأولى فالاختلاف فيها فيمن يلي العقد مع الاتفاق على الزوج.

قال ابن عبد السلام: وهو فهم حسن من المؤلف " للمدونة " في المسألة التي قال فيها: وإذا اختلف الأولياء وهم في العقد سواء، انتهى.

وهو حسن إن ساعدته الأنقال، وقد قال ابن سعدون: إن قوله في "الْمُدَوَّنَة[2]": اختلفوا، يحتمل أن يكون فيمن يلي الإنكاح أو في الزوج.

(ص): **(وفيها: وإذا أذنت لوليَّيْن فعَقِدَا على شخصين، فدخل الثاني ولم يعلم، فهي له. حكم بذلك عمر رضي الله تعالى عنه بحضرة الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم ينكروا، ومعاوية للحسن على ابنه يزيد ولم ينكروا. وقال ابن عبد الحكم: السَّابق بالعقد أولى)**

(**ش**): نسبها " للمدونة " لإشكالها حكمًا وتصويرًا، وللإرشاد إلى الاستعانة على فهمها بشروحات "الْمُدَوَّنَة[3]"، أمَّا إشكالها حكمًا فلأنه حكم بها للثاني مع أنها زوجة لغيره، وعدم العلم لا يمنع من كونها متزوّجة، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٤]، ولهذا ذكر عمر ومعاوية رضي الله تعالى عنهما إشارة إلى دليل المسألة، وإلا فليس عادة المُصَنِّف ذكر الأدلة، وبقول ابن عبد الحكم قال المغيرة وابن مسلمة، ورواه حمديس عن مالك، وهو اختيار ابن لبابة، وهو أقيس، وهو قول الشافعي وأكثر العلماء، وحكى عبد الوهاب مثل المشهور عن علي رضي الله تعالى عنه والحسن.

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١١٠٢) وأبو داود، برقم (٢٠٨٣).

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٠١.

(٣) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٢.

قال في "الجواهر": وبه قال ابن شهاب، ويحيى بن سعيد، وربيعة، وعطاء، ومكحول، وغيرهم.

فإن قلت: لا يحتج بهذا على الشافعي؛ لأنه لا يرى مذهب الصحابي حجة.

قيل: هذا ليس هو مذهب الصحابي فقط، بل هو إجماع سكوتي، وهو حجة على المختار، وهو أحد قولي الشافعي، وله قول آخر: أنَّه ليس إجماعًا ولا حجة.

وبيان رُجحان الأول في علم الأصول.

ودليلنا من جهة القياس: أنه قد أجمع على أن من اشترى شقصًا من أرض أن للشريك نقض البيع والأخذ بالشفعة؛ لأجل الضرر الداخل عليه.

وإذا كانت العلة في إبطال عقد المشتري إنما هو ما يلحق الشريك من الضرر لزم أن يكون كذلك في مسألتنا من باب أولى للتطلع على العورات، وفي تغريم الزوج الثاني الصداق وفراقه ممن ذاق عسيلتها ضرر بَيِّن.

ثم إن المضرة في مسألتنا واقعة وهي في مسألة الشفعة متوقعة، وأجرى اللَّخْمِيّ الخلاف على الخلاف في الفسخ؛ هل ذلك من الآن أو من البلوغ؟

فمن قال: من البلوغ. حكم بها للثاني؛ لأنَّه نكاح بوكالة، ومن قال بالأول قال: الأول أحق لأن عقد الأول نسخ لوكالة من لم يعقد، فإن قلت: كيف الجواب عمَّا رواه أبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: "أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول"[(١)]، قيل: الجواب حمله على عدم دخول الثاني جمعًا بين الأدلة.

وأما إشكالها تصويرًا؛ فلأنها فوضت إلى وليها، وقد علمت أن أشهر القولين في ذلك أنه لا يعقد عليها النكاح حتى يتعيَّن لها الزوج، وإذا فعل ذلك تعين الأول. ويجاب عنه باحتمال أن تكون فوَّضت إليهما في رجلين معينين، أو لمَّا عيَّن لها الثاني نسيت الأول، لا سيما إذا بُعد ما بين العقدين ولا إشكال إذا لم يدخل الثاني في فسخ نكاحه.

محمد: بغير طلاق.

تنبيه:

ألحق مالك في "الواضحة " تلذُّذ الثَّاني بوطئه في الفوات، وأورد على المشهور أنَّ

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١١١٠) وأبو داود، برقم (٢٠٨٨).

من وكل رجلين، فزوَّجه كل منهما امرأة وله ثلاث نسوة، فقد قالوا: إن نكاح الأولى هو الصحيح، ويفسخ نكاح الثانية، ولو دخل بها وفرق بأن الحاجة داعية في المرأة إلى التوكيل؛ لأنَّها لا تستقل بعقد النكاح فناسب ألا يفسخ نكاحها بخلاف الرجل، فإنه قادر على أن يتولَّى الزَّواج بنفسه.

ورده صاحب " الاستلحاق"؛ لأنّضه لو صحَّ لاطَّرد، فيلزم ألا يعذر مالك السلعة إذا وكل على بيعها، ثم تولَّى هو بيعها مع أن المشهور إمضاء البيع.

الثاني: إن اتصل به القبض.

ابن بشير: وفرق المغيرة بين البيع والنكاح، فقال: الثاني أحق في النكاح لا البيع.

وأكثر الشيوخ لا يفرِّقون في هذه المسألة بين أن تفوض لوليين معًا أو لأحدهما بعد الآخر.

وقال الباجي: إن فوضت لأحدهما بعد الآخر، فالنكاح للأول، ويفسخ نكاح الثاني ولو دخل.

(ص): (**أما لو دخل بعد علمه لم ينفعه الدُّخول، وكانت للأوَّل منهما**)

(**ش**): يعني: أن من شرط كونها للثاني أن يدخل وهو غير عالم بالأول لتقوى شبهته، وأمَّا لو دخل بعد علمه أنه ثانٍ فلا، وهذا بين إن قامت بينة الآن على أنه كان عالمًا، وإن لم يعلم إلا من قوله، فقال ابن يونس، وصاحب " اللباب": يفسخ نكاحه بطلقة بائنة، ولها الصَّداق كاملا.

قال في "المقدمات": وهو الصحيح.

وقال عبد الملك: يفسخ بغير طلاق. وانظر على قول عبد الملك، هل ترد للأول؟

محمد: ولو أقرَّ المزوِّج آخرًا وهو الأب أو الوكيل أنَّه كان عالمًا بتزويج الأول لم يصدق على الزَّوج، إلا أن تشهد بينة على إقراره بالعلم قبل العقد من الثاني، فيفسخ بغير طلاق.

(ص): (**وإن كان مطلِّقًا بعده أو ميِّتًا بعده أو قبله ولم تنقض العدَّة، فكذلك**)

(**ش**): يعني: أن الثاني إذا دخل عالمًا لا يفيده ولو كان الأول مطلقًا بعده، أي: بعد دخول الثاني، فإن تطليق الأول لا يصحح نكاح الثاني؛ لعلمه بأنه ثان.

وكذلك لو مات الأول بعد دخول الثاني أو قبل دخول الثاني بشرط عدم انقضاء عدة الأول؛ لأنَّ الثاني حينئذ ناكح في عدة، وحينئذ تحرم عليه على التأبيد لما سيأتي.

وفي كلامه نظر؛ لأنَّه يقتضي أنه إن دخل الثاني بعد انقضاء العدة أنه لا يفسخ، وليس بظاهر؛ لأنَّ المقتضي للفسخ علمه بالأول.

ولو كان دخوله بعد انقضاء لعدة مصححًا، لزم أن يكون كذلك إذا طلقها الأول قبل دخول الثاني؛ لأنَّ الأول طلقها قبل البناء، فلا عدة عليها.

وقد نص صاحب " العمدة " على أنَّه لا يفيده.

وعلى هذا التقدير الذي ذكرناه، فإن (إن) من قوله: (وإن كان مطلِّقًا) بمعنى: لو، واسم كان عائد على الزوج الأول، والضمير في قوله: (بعده أو قبله) عائد على دخول الثاني.

ووقع في بعض النُّسخ بزيادة: (فكذلك) بإثر الكلام المتقدِّم (فإن) على هذا هي شرطية وجوابها قوله: (فكذلك)، ويكون هذا الكلام ابتداء مسألة، ويكون المعنى أنه: ولو كان الزوج الأول مطلِّقًا بعد دخول الثاني أو ميتًا بعد دخوله أو قبل دخوله، ولم تنقض عدتها من الأول حتى دخل الثاني (فكذلك) أي: فتكون للثاني.

وهذه النسخة أحسن لأنَّ ابن الموَّاز ذكرها كذلك، وتكلم الشيوخ عليها، فحمل كلام المُصَنِّف عليها أولى، ففي ابن يونس: قيل لابن المواز: فإن مات الأول منهما، أو طلق قبل أن يدخل الآخر، ثُمَّ دخل بها الآخر بعد موته أو بعد طلاقه؟

قال: فإن لم يعلم بذلك حتى دخل ثبت نكاحه كما لو دخل بها الأول حي لم يمت، ولم يطلق، ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها منه.

وفي "المقدمات": إن عثر على ذلك بعد دخول الثاني، وقد كان الأوَّل مات أو طلق، فلا يخلو إما أن يكون عقد ودخل قبل موت الأوَّل أو طلاقه، أو يكون عقد ودخل بعد موته أو طلاقه.

فأمَّا إن كان عقد ودخل قبل موت الأول أو طلاقه، فينفذ نكاحه بمنزلة الذي لم يمت ولا طلق على مذهب ابن القاسم.

وأما إذا عقد ودخل بعد موت الأول أو طلاقه، فهو في الموت متزوِّج في عدة، فيفسخ نكاحه وترث زوجها الأوَّل، وفي الطلاق نكاحه صحيح؛ لأنه في غير عِدَّة.

وقال ابن الماجشون: إن كان الذي زوَّجها منه آخرًا بعد طلاق الأوَّل هو الأب؛ فلا يفسخ نكاحه مطلقًا وإن لم يدخل، فإن كان الوكيل هو الذي زوَّجه، فُسِخ نكاحه إلا أن يدخل.

ووجه قوله: (أن الأب..) مطلق على النكاح، والوكيل على النكاح تنفسخ ولايته بتزويج الأب قبله، وأما إن عقد قبل الموت أو الطلاق ودخل بعد ذلك، فحكى محمد بن المواز أن ذلك بمنزلة ما إذا عقد ودخل قبل الموت أو الطلاق، فينفذ نكاحها، ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها منه.

والصواب: أنَّه في الفوات متزوج في عدة، بمنزلة امرأة المفقود تتزوج بعد ضرب الأجل وانقضاء العدة، ويدخل بها زوجها، فينكشف أنَّها تزوجت قبل وفاة المفقود، ودخلت بعد وفاته في العدة، أنَّه يكون متزوِّجًا في العدة، ولا فرق بين المسألتين، وبالله التوفيق.

(ص): **(فإن اتَّحد زمان العقدين أو جهل قبل الدُّخول فُسِخَ بطلاق، وقال ابن الموَّاز: يُوقَفُ الطَّلاق، فإن تَزَوَّجها أحدُهما، لم يقع عليه طلاق وإن تزوَّجها غيرهما وقع عليهما)**

(ش): اعلم أنِّي لم أَرَ في كتب أصحابنا الفسخ بطلاق، إلا فيما إذا جهل زمان العقدين، وهو الذي نص عليه في "الْمُدَوَّنَة[1]"، وما ذكره المُصَنِّف من أنه يفسخ بطلاق مع الاتحاد، لم أره، وهو مشكل؛ لاستحالة الشركة في الزوجة شرعًا، فلم تدخل في عصمة أحدهما، وقال ابن عبد السلام في المسألة ثلاثة أقوال: المشهور: أنَّه يفسخ النِّكاحان بطلاق، وهو ظاهر إذا اتَّحد زمن العقدين صحيح.

الثاني لسحنون: يفسخ النِّكاحان بغير طلاق، وهو ظاهر إذا اتَّحد زمن العقدين.

والثالث قول ابن المواز: لا يعجل بالطلاق وتباح للأزواج؛ فإن أراد تزويجها وقع على كل واحد منهما طلقة لتحل للغير بيقين، وإن أراد أحدهما تزويجها لم يقع عليه شيء، ووقع على الآخر؛ لأنَّ المتزوِّج إن كان هو الأول في نفس الأمر، فلم تزل في عصمته، وإن لم يكن هو الأول، فلم يتقدَّم له نكاح حتى يقع فيه طلاق، ولعله اعتمد في اتحاد العقدين على المُصَنِّف، فإن قلت فما الحكم لو لم يطلع في هذه المسألة إلا بعد دخول أحدهما قبل الفوات، ولا إشكال فيه، ولوضوحه ترك المُصَنِّف التَّعرُّض إليه؛ لأنَّا إذا قلنا بالفوات بالدخول مع العلم بكونه ثانيًا، فلأن يكون كذلك مع عدم العلم من باب أولى.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٢.

اللَّخْمِيّ: ويأتي على قول ابن عبد الحكم أن الدَّاخل لا يكون أحقُّ لأنَّه على شكٍّ.

(ص): **(فإن ماتت والأحقُّ مجهول، ففي الإرث قولان)**

(ش): الأحق من يقضى له بها لو علم به وهو الأول مطلقًا على قول ابن عبد الحكم، وعلى المشهور فهو إما الأول قبل الدُّخول، وإما الثَّاني بعد الدُّخول، فإن جهل بعينه وقد ماتت المرأة، فقولان.

ابن بشير وابن شاس: للمتأخرين قولان وأكثرهم على السقوط؛ لأنه ميراث مع الشك.

والآخر لابن محرز، قال: القياس أن يكون الميراث بينهما والصداق عليهما؛ لأن الميراث ثابت للزوج منهما، وهما يتنازعانه، فيدعي كل واحد منهما أنه الأول، وليس أحدهما أولى من الآخر، فيقسم بينهما، وليس هو من باب الميراث بالشك، وهو كمن مات عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى منهما، وكمن طلق إحدى نسائه ثم مات، ولم تعلم المطلقة، فإن الميراث بينهما نصفان، وإلى هذا أشار المُصَنِّف بقوله:

(ص): **(فإن ثبت الإرث ثبت الصداق)**

(ش): مفهوم كلامه: أنه إن لم يثبت الإرث ينتفي الصداق، وهو خلاف ما في "الجواهر " لأنَّه قال: ويثبت الصداق حيث يثبت الميراث، وأما حيث ينتفي، فإنما يكون عليه ما زاد منه على قدر الميراث.

وفي "اللباب": قال بعض المذاكرين: من كان صداقه قدر ميراثه فأقل، فلا شيء عليه، ومن كان ميراثه أقل غرم ما زاد على ميراثه لإقراره بثبوت ذلك عليه.

ولم يصرِّح المُصَنِّف هل يجب مجموع كل واحد من الصداقين، فلا يستحق أحد الزوجين شيئًا من الميراث إلا بعد دفعه جميع الصداق؛ لأنه مقر بوجوب ذلك عليه، أو نصفه؟ لأنه لو دفع كل واحد من الزوجين صداقًا كاملا، لأخذ كل واحد من الورثة ضعف حقه من الصداق.

ابن عبد السلام: والاحتمال الأول أقرب.

خليل: وقد يخرج هذان الاحتمالان على الخلاف فيما إذا ادَّعى المسيس وأنكرته الزوجة، هل لها أن تأخذ جميع الصداق لإقراره أو لا تأخذ إلا نصفه لإنكارها؟ فانظره.

(ص): **(ولو مات الزوجان فلا إرث ولا صداق)**

(ش): لأن سببهما الزوجية، وهي لم تثبت.

وحكى ابن بشير بالاتفاق على ذلك، وهذا ما لم يدَّع كل واحد منهما أنه الأول، وأمَّا لو ادعيا ذلك وصدَّقت المرأة أحدهما، ففي ابن بشير: لا يثبت لها الإرث ويثبت لها الصداق لأنه أقر لها بمال.

ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم: أن لها الصداق ويختلف في الميراث، يريد لأن الصداق من الدُّيون وهي تثبت بالإقرار، وأما الميراث؛ فاختلف المذهب هل يثبت بالإقرار أم لا؟ وفيه نظر؛ لأن الخلاف إنما هو في إقرار من لم يعلم له وارث.

(ص): **(ولو شهدت بيِّنَتَان متناقضتان تساقطتا، ولا يُقضى بالأعدل بخلاف البيع، وقال سحنون: يقضى بالأعدل كالبيع)**

(ش): صورتها أن تقول هذه البينة: نشهد أن عقد هذا وقع في اليوم الفلاني، ووقع عقد هذا بعده، وتعكس البينة الأخرى. ومنشأ الخلاف هل زيادة العدالة تقوم مقام الشاهد الواحد، أو شاهدين؟

فالمشهور: أنَّها تقوم مقام الشاهد الواحد، فلذلك يقضى بها في البيع دون النكاح.

ورأى سحنون أنها قائمة مقام شاهدين، فيقضى بها فيهما.

وبقول سحنون قال البرقي، واختاره عبد الحق.

وفي المسألة قول ثالث: أنَّه لا يقضى بالأعدل في البيع والنكاح.

(ص): **(ولا عِبرَة بتصديق المرأة)**

(ش) يعني: لا عبرة بتصديق المرأة لأحدهما أنَّه الأول.

وعن أشهب: تصدَّق ما لم تدع الأرفع، وأنكره أَصْبَغ.

فَائِدَةٌ:

وقع في المذهب مسائل كهذه يفيتها الدخول، ومسائل لا يفيتها الدخول.

فالأولى تسع:

الأولى: هذه.

الثانية: امرأة المفقود تتزوَّج بعد ضرب الأجل، ثمَّ يأتي زوجها بعد دخول الثاني، فتفوت على المشهور.

الثالثة: الكافر يسلم على أكثر من أربع، فيختار أربعًا، ثم يجد الأربع أخوات أو محارم، فإنَّه يختار من البواقي ما لم يدخل على المشهور.

الرابعة: من أسلمت وزوجها كافر فتتزوج، فينكشف أنه أسلم قبلها.

الخامسة: الرجعية يرتجعها زوجها في العدة وهي لا تعلم، فتتزوج بعد انقضاء عدتها، ثم يتبين أن زوجها كان ارتجعها قبل انقضاء العدة.

السادسة: المعتقة تحت العبد تختار نفسها وتتزوج، ثم يقوم زوجها ويثبت أنه عتق قبلها. قال المُصَنِّف: فكزوجة المفقود.

السابعة: الأمة المتزوِّجة يطأها سيدها بعد انقضاء عدتها، وقد كان زوجها أشهد برجعتها ولم يعلم السيد.

الثامنة: امرأة الأسير يتنصر ويشك في تنصره هل طائعًا أو مكرهًا؟ فيفرق بينهما ثمَّ تبين أنه كان مكرهًا.

التاسعة: إذا قال لها: إن غبت شهرًا فأمرك بيدك، فغاب ثمَّ طلقت نفسها وتزوجت ثم أثبت أنه قدم قبل الشهر، ابن عبد السلام: والمشهور أنها تفوت بالدخول.

وأما المسائل التي لا يفيتها الدخول فخمس:

الأولى: إذا وكل رجلين على أن يزوجه كل واحد زوجة، وكان له ثلاث زوجات.

الثانية: المنعي لها زوجها ثمَّ تتزوج ويدخل بها زوجها الثاني، ثم يأتي الأول فإنَّها ترد إليه على المشهور.

الثالثة: الذي له زوجتان اسم كل واحدة منهما عمرة؛ فقال: عمرة طالق، وادعى أنه لم يرد التي عنده، وإنما يريد امرأة غائبة؛ ففرق بينه وبين هذه، ثم أثبت أن له امرأة أخرى تسمى: عمرة، فقال محمد: تُرَد إليه ولو دخل بها الثاني.

الرابعة: التي تطلق لعدم النفقة ثم يكشف الغيب أنها أسقطتها عنه. وفي معنى هذه الصورة إذا طلق على الغائب بعسر النفقة ثم قدم وأثبت أنه كان يبعث إليها النفقة، نص عليه أبو الحسن.

الخامسة: إذا تزوجت امرأة المفقود في أثناء العدة، أعني: الأربعة أشهر وعشرًا ففسخ، ثم يتبين أن عدتها من المفقود قد انقضت قبل ذلك، فإنها ترد إلى هذا الزوج، وإن تزوجت ثالثًا فسخ نكاحه ولو بعد الدخول كالمنعي لها زوجها. قاله أبو عمران وغيره.

(ص): **(وإذا غاب الأقرب غيبة بعيدة، زوَّج الحاكم، وقيل: أو الأبعد)**

(ش): هذا الكلام يحتمل وجهين؛ أحدهما: أن يكون المُصَنِّف تكلَّم على غيبة الأقرب مطلقًا أبًا كان أو غيره، ثم بين مقدار الغيبة في حق الأب، وهو الذي قاله ابن

عبد السلام، ويحتمل أن يكون في غير الأب المجبر، وهو الذي قاله ابن راشد.

قوله: (غيبةً بعيدة) مفهومه: أنها لا تزوج في الغيبة القريبة وهو كذلك ويرسل إليه الحاكم، قاله مالك في "الواضحة".

وفي سماع أشهب: كتب إلى ابن غانم في امرأة تطلب التزويج فتُسأل هل لها ولي؟ فتذكر أن لها عمًا أو أخًا على مسيرة الثلاث والأربع، وأنه في شأنه وضيعته، وتسأل أن يزوجها كفئًا.

إني أرى إذا كان أمرها على ما وصفته من حالها وغيبة وليها وكفاءة من تدعو إليه أن تزوجها ولا تضرها غيبة وليها.

قيل: ففي هذه الرواية حد الغيبة.

وفي قوله: (إذا كان أمرها على ما وصفته من حالها وغيبة وليها) بيان؛ أنها غير مصدقة فيما تذكر من ذلك حتى تثبته، وكذلك قال في "المتيطية " أنها تثبت ذلك.

قوله: (زوَّج الحاكم، وقيل: أو الأبعد) نحوه في ابن شاس، وفيه نظر، وصوابه: أن يقول: وقيل الأبعد، بغير (أو)؛ لأن القائل يرى أن الولاية للولي فقط، هكذا نقل اللَّخْمِيّ وصاحب "البَيَان" وغيرهما.

(ص): (ويعتبر في غيبة أبي البكر مثل إفريقية لغير تجارة. وقيل: ما يُتعذَّر به الإذن. وقيل: إن قطع عنها النفقة. وقيل: لا يصح مع حياته، أما إن انقطع خبره فالولي ينكحها. وقيل: بعد أربع سنين من يوم فُقد)

(ش): لغيبة أبي البكر ثلاثة أحوال:

الأولى: أن يكون قريبًا، قال في "البَيَان": كعشرة أيام ونحوها. فلا خلاف أنها لا تزوَّج في مغيبه، وإن زوِّجت انفسخ النكاح، زوَّجها الولي أو السلطان. قاله في "الواضحة"، زاد في "المتيطية " عن ابن القاسم: يفسخ وإن ولدت أولادًا وإن أجازه الأب.

الحالة الثانية: أن تكون غيبة بعيدة كما قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": مثل إفريقية والأندلس وطنجة لغير تجارة - قال في "البَيَان": من مصر -، فاختلف في ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك، وإن كانت نفقته جارية عليها وإن لم

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٣.

يخف عليها، ولا استوطن أبوها ذلك الموضع الذي هو فيه، وهو ظاهر ما في "العُتْبِيَّة".

وقد تأوَّل على ما في "الْمُدَوَّنَة[1]" من قوله فيها: وأما من خرج تاجرًا وليس يريد المقام بذلك البلد، فلا يهجم السلطان على ابنته، فإنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد، وهو القول الثاني.

والقول الثالث: أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد، ويطول مقامه فيه العشرين سنة والثلاثين، وهو قول ابن حبيب.

والرابع: أنها لا تزوج أبدًا وإن طال مقامه فيه، وهو ظاهر قول مالك في "الْمَوَّازِيَّة"، وقول ابن وهب، انتهى.

ففسر رحمه الله تعالى قول مالك: كإفريقية على أنها من مصر، واستبعده ابن عبد السلام، قال: لأنَّ المسألة من كلام مالك في "الْمُدَوَّنَة[2]"، ويحتمل أن يريد من المدينة.

واحترز بقوله: (لغير تجارة) مما لو خرج لتجارة فإنها لا تزوج؛ لأن الغالب فيها أن يرجع عاجلا.

قال فضل في قول ابن حبيب: ولا أعلم هذا التحديد لغيره.

والقول بأنها لا تزوَّج مع حياته بحال لعبد الملك. وهو مشكل لا سيما إن كانت محتاجة وخيف عليها.

قال في "البَيَان": وهو مبني على قول ابن حبيب بجواز العضل.

وقوله: (وقيل: ما يُتَعَذَّر به الإذن) أي: يكون بموضع لا ينفذ فيه كتاب حاكم الموضع الذي البنت فيه، ففي هذا يزوجها السلطان. وهذا قول حكاه عبد الحق عن الإبياني.

وقوله: (وقيل: إن قَطَعَ عنها النَّفقة) ظاهره: أنه قول في المسألة، وهو مقتضى كلام ابن يونس؛ لأنه قال: قال مالك: يزوجها الإمام إن رفعت إليه.

وقال عبد الملك: لا يجوز إنكاحها على وجه في حياة الأب.

ابن وهب: إن قطع عنها النفقة جاز. ثمَّ ذكر وجه كل قول.

وقال صاحب "البَيَان" وابن سعدون: لا اختلاف إذا قطع الأب عنها النفقة وخشي

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٣.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٤.

عليها الضياع أنها تُزوَّج، وإن كان ذلك قبل البلوغ، وإنما اختلفوا فيمن يزوجها، فالمشهور: أنه لا يزوجها إلا السلطان؛ لأنه حكم على غائب. وقال ابن وهب ومثله في "الْمَوَّازِيَّة": أن الولي يزوجها برضاها، والوجه في ذلك أن ولايته سقطت لتضييعه ومغيبه، فكان كالميت، انتهى.

وانظر هذا الاتفاق الذي حكاه صاحب "البَيَان" فيما إذا قطع عنها النفقة مع قول عبد الملك: لا يجوز تزويجها مع حياة الأب، وإن ضاعت واحتاجت وخيف عليها، إلا أن يفسر الحاجة بالحاجة في غير النفقة.

والحالة الثالثة: أن يكون أسيرًا أو مفقودًا، فالمشهور أن الولي يزوجها وإن كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها الضياع.

قال في "المتيطية": وبهذا القول القضاء. وقال عبد الملك: ليس لهم ذلك إلا بعد أربع سنين من يوم فقد. وقال أَصْبَغ: لا تزوج بحال.

وقوله: (فالوليُّ ينكحها) هذا ظاهر ما في "المتيطية"؛ لأنَّه قال: قال بعض الموثِّقين: وإذا فرعنا على المشهور، فينبغي أن يثبت الولي عند الحاكم طول غيبة الأب وانقطاع خبره والجهل بمكانه، وحينئذ يصحُّ للولي إنكاحها.

ابن راشد: وفي "الطراز": الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك. فجعل ذلك للحاكم دون الولي، وهو الصواب، وأي فرق بين هذه والتي قبلها.

وفي "البَيَان " أنَّه اتفق في الأسير أنَّ الحاكم يزوجها وإن كانت في نفقته، وأمنت الضيعة عليها.

وأما إن كان الأب مسجونًا أو مجنونًا، فليس هو كالغائب البعيد الغيبة، وإن طال أمره؛ لأنَّ خروجه وبرءه مرجو.

والمُصَنِّف رحمه الله تعالى يؤخذ من كلامه الثلاثة الأحوال؛ لأن قوله: (ويعتبر في غيبة أبي البكر) تصريح منه بالحالة الثانية، ويفهم منه أن أقل من ذلك لا يجوز تزويجها فيه، وهي الحالة الأولى.

قوله: (أما إن انقطع خَبَرُهُ) هي الحالة الثالثة، والله أعلم.

(ص): **(وإذا أنكح الأبعد مع وجود المجبر لم يجز ولو أجازه كالأب، ومثله السيد على الأصح، ولو كان شريكًا بخلاف بيعها نفسها فإنَّه يجوز)** (ش): اعلم أنَّ للتَّعدي على الولي صورتين:

إحداهما: أن يتعدى الولي على أقرب منه.

والثانية: أن يتعدى أجنبي على ولي. ثم الولي المتعدي عليه إما مجبر أو لا. صارت أربعة أقسام، وقد تكلَّم المُصَنِّف رحمه الله تعالى عليها كلها، يعني: إذا تعدى ولي على أب، لم يجز النكاح ولو أجازه الأب.

ومثل الأب السيد في أنه لا يجوز نكاح غيره وإن أجازه السيد على الأصح. وقيل: يجوز في الأمة لخفَّة الأمر فيها. والأصح ومقابله روايتان.

وخرج اللَّخْمِيّ قولا في الأولى بالإجازة إذا أجازه الأب من الأمة. وليس ببين؛ لما قلناه من خفة الأمر في الأمة.

وقوله: (ولو كان شريكًا) يعني: أن غير السيد إذا زوج الأمة يُفسخ النكاح، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون من زوجها له فيها ملك أم لا.

فَرْعٌ:

إن بنينا على المشهور أنه لا بد من فسخه، فإن فسخ قبل البناء سقط الصداق عن الزوج ورجع به إن استهلكته، أو بما نقص إن تجهزت به، ولم يساوه الجهاز على الذي زوجه إن غره ولم يعلمه أنه شريك، وإن فسخ بعده، فإن أجازه الشريك فإنما له نصف المسمى وإن لم يجزه.

وفي معنى ذلك إن أجازه ولم يرض بالصَّداق، فالمشهور: أنَّ له الأكثر من نصف المسمى أو نصف صداق المثل، ويرجع الزوج بالزائد على الشريك الذي زوجها إن كان غره. والشاذ لأشهب: إنما له نصف المسمى.

ابن المواز: ولا شيء للعاقد من الصداق إن غره إن قال: هي حرة، أو هي لي وحدي.

قال الشيخان أبو محمد وأبو الحسن رحمهما الله تعالى: وإذا رجع على الغارَّ بما دفع إليه، ترك لها ربع دينار. وقيل: لا يترك لها منه شيء. وهذا إذا رضي الشريكان في الأمة بقسم المال وإن أبى أحدهما، فعلى الزوج أن يكمل لها صداق المثل على المشهور ويكون بيدها، فإن اقتسماه رجع على الذي زوجه منهما بما استفضل في نصفه إن لم يكن غره، وبجميع الزيادة إن غره كما ذكرنا بخلاف بيعها، فإنه يجوز إذا أجازه السيد؛ لأنه بيع فضولي وهو يلزم عندنا بإجازة المالك كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

والفرق بين النكاح والبيع أن الولاية مشترطة في النكاح لحق الله سبحانه وتعالى.

قوله: (نفسها) يحتمل أن يقرأ بفتح السين وتكون هي البائعة، وبكسرها على البدل من الضمير المجرور، وحينئذ يحتمل أن تكون هي البائعة أو غيرها.

(ص): (**وفيها: لو زوَّج ابن أو أخ أو جد ابنته البكر أو أمته فأجازه، جاز إن كان قد فَوَّض إليه القيام بجميع أموره**)

(**ش**): أتى بهذه المسألة لأنَّها كالمخالفة لما قبلها؛ إذ قد حصل فيها تزويج الأبعد مع وجود مجبر، وأمضاه في "الْمُدَوَّنَة[1]" بإجازة الأب.

وقوله: (ابنته) أي: بنت المجبر، وذكر فيها ثلاثة أولياء، وسكت عمَّا عداهم، وألحق ابن حبيب بهم سائر الأولياء إذا قاموا هذا المقام.

الأبهري وابن محرز: وكذلك الأجنبي؛ لأنه إذا كانت العلة تفويض الأب، فلا فرق.

وكلامه في "الْمُدَوَّنَة[2]" يحتمل أن يكون مخالفًا لهما، وأن يكون موافقًا لابن حبيب خاصة.

وفسر سحنون ما وقع في "الْمُدَوَّنَة[3]" من الإجازة إذا أجازه الأب بأن معناه: إذا كان الأب غائبًا.

حمديس: وإنما يجوز إذا أجازه الأب إذا كان قريبًا ولم يطل.

وقال أبو عمران: لا يراعى في ذلك قرب ولا بعد، وقد أجاز عبد الرحمن ذلك بعد أن قدم من الشام.

وانظر هل يجري فيها قول بأنَّه لا يجوز مطلقًا من النكاح الموقوف، وأما إن لم يجزه، فإنه يفسخ وإن طال، وإن ولدت الأولاد.

واعترض فضل هذه المسألة بأن تفويض الأب لمن ذكر إما أن يدخل تحته نكاح الأبكار أو لا؟

فعلى الأول: لا يحتاج إلى إجازة الأب إذ لم يتعد.

وعلى الثاني - وهو الصحيح -: لا يجوز، ولو أجازه كما في المسألة المتقدمة.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٤.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٥.

(٣) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٥.

وإنما قلنا أن الثاني هو الصحيح لأن ابن أبي زيد رحمه الله تعالى نص على أن الوكيل المفوض لا ينكح البنت البكر، ولا يطلق الزوجة، ولا يبيع دار السكنى، ولا يبيع العبد؛ لأن العرف اقتضى إخراج هذه الأربع.

وأجيب بأن المراد بالتفويض هنا التفويض العرفي؛ لأن التفويض قسمان: تفويض نص عليه وحكمه ما تقدَّم، وتفويض عرفي وهذا حكمه؛ لأن الابن لما صار يتصرَّف والأب ساكت، كان ذلك بمنزلة إطلاقه له التصرف في جميع الأشياء، وعلى هذا لا يحتاج إلى إجازته.

لكن لما كان العرف إخراج نكاح الأبكار تعارضًا، فأجزناه إذا أجازه الأب؛ لعلمنا أن الأب لم يخرج ذلك.

وفيه نظر؛ لأنه إذا كان المفوض بالنص ليس له أن يزوج، فمن باب أولى أن يكون ذلك في المفوض له بالعرف، إلا أن يقال أن المزوج هنا لقرابته لا يتهم ولأنه ولي في الجملة.

خليل: وينبغي أن تقيد إجازة الأب فيما إذا قال الأب: إنما أجزت النكاح لأنِّي فوضت إليه جميع أموري، والنكاح من جملة ذلك.

وأما إن قال لم يخطر لي نكاح ابنتي ببالي في تفويضي إليه؛ فلا يجوز بإجازته، ونحوه للمتيطي.

وإذا أجاز الأب النكاح، فلا بد من تضمين عقد الإجازة معرفة الشهود لتفويض الأب لولده؛ لئلا يكون ذلك داعية إلى إجازة إنكاح من لا يجوز له العقد.

قال: ولو ادَّعى الزوج أن الابن أو الأخ إنما عقد النكاح بإذن الأب، فعلى الزوج إثبات ذلك، ويضرب له أجل ويوسع عليه فإن عجز حلف الأب على نفي دعواه، فإن حلف فسخ النكاح، وإن نكل ثبت النكاح.

واستدل المتيطي على وجوب اليمين بقول ابن القاسم في "العُتْبِيَّة " فيمن خطب امرأة فزوجها له وليها وأشهد له ذلك وأنكرت المرأة أن تكون علمت ورضيت، أن الإشهاد إن كان بحيث يعلم أنَّها لا تعلم، فلا يمين عليها وإن كان ظاهر. بحيث يرى أنَّها عالمة، فإنَّها تحلف ما وكلته ولا فوضت إليه، ولا شيء عليها، وإن لم تحلف لزمها النكاح.

وكذلك روى ابن القاسم في امرأة زوجها أخوها وأمها، ثم ماتت الأم فطلب

الزوج الدخول، فقال الأخ: لا زوجة لك؛ لأنَّ أختي لم تكن علمت. وأنكرت الزوجة، قال: إن قامت له بينة على رضاها وإلا حلفت هي وأخوها وفرق بينهما.

(ص): **(وتزويج السُّلطان معه كالأبعد مع الأقرب، لا كالمساوي على الأشهر)**

(ش): الضمير المخفوض بـ (مع) عائد على الأقرب. قوله: (كالأبعد) أي: فيأتي فيها من الخلاف ما يذكره بعد هذا إذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب، ومقتضى كلامه: أن مقابل الأشهر يجعل السلطان كالمساوي للأب، ولم أر هذا النقل. وكذلك قال ابن راشد وابن عبد السلام.

وكثيرًا ما سألت عنه، فلم أجد علمًا به عند من سألته، انتهى.

ويحتمل أن يريد بمقابل الأشهر أنَّه ليس كولي الأبعد، بل يفسخ مطلقًا قبل الدخول وبعده، ويكون قوله: (لا كالمُساوي) متَّفقًا عليه، ويكون الأشهر أنه يمضي، ومقابله يفسخ على كل حال، وهذا الوجه وإن كان بعيدًا من لفظه، فهو أقرب من الأول.

على أنِّي لم أر من قال: إن السلطان مع الأب كولي أبعد.

وقد قدمنا عن ابن حبيب أنَّ السلطان إذا زوجها في غيبة الأب الغيبة القريبة أن النكاح مفسوخ، وأن ابن القاسم قال: يفسخ وإن ولدت الأولاد.

ورأيت في بعض التَّعاليق أنَّه اختلف في تقديم السلطان على أحد من ذوي النسب البعيد كابن العم تلتقي معه في جد بعيد، فذكر قولين. والله تعالى أعلم.

(ص): **(فإن لم يكُن مُجبر ففيها: لم يرد، وفيها: ينظر السلطان، وقيل: له الرَّد ما لم يَبْنِ بها. وقيل: ما لم يتطاول بالأولاد. وقال اللَّخْمِيّ: إن كانت دنيَّة مضى باتِّفاق)**

(ش): المشهور هو الأول.

عياض: وهو مشهور المذهب منعه ابتداءً، وتأول بعضهم "الْمُدَوَّنَة[1]" على الجواز ابتداءً، وهو يحتمل أن يكون مبنيًّا على أنَّ تقدمه الأقرب من باب الأولى، ويحتمل أن يكون مبنيًّا على أن تقدمه الأقرب من باب الأوجب، ولكن أمضاه بعد الوقوع مراعاةً للخلاف أو للتَّطلع على العورات.

والقول بنظر السلطان حكاه سحنون عن بعض الرواة، وأشار إلى أنَّه مبنيّ على أن

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٦.

تقدمة الأقرب من باب الأولى، وقال: النظر على هذا القول إنَّما هو إذا ادَّعى الأقرب أنها وضعت نفسها في دناءة، ولو اعترف بأنها إنما تزوَّجت كفؤًا لم يفتقر فيه لنظر السلطان.

والقول بالفسخ ما لم يبن لابن الماجشون وابن حبيب، والقول بالفسخ ما لم يتطاول لمالك في الثمانية، واختصر فضل " الواضحة " عليه، وزاد في "المتيطية " قولا خامسًا بالفسخ مطلقًا للمغيرة.

وهذه الثلاثة الأقوال مبنيَّة على أن تقديم الأقرب من باب الأوجب، فمن قوي عنده الوجوب ولم يلتفت إلى غيره، قال بالفسخ مطلقًا، ورأى القائل بالفسخ ما لم يدخل أنه بالدُّخول يحصل التَّطلع على العورات، ورأى القائل الآخر أنّه إنَّما يقوى الضرر بالتَّفرقة إذا طال الأمر بينهما وولدت الأولاد.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم قولا آخر إن كان الأبعد كالأخ للأب مع أخ شقيق مضى، وإن كان كابن عم مع أخ رد؛ وأخذه من "الْمُدَوَّنَة[1]".

وعلى الإمضاء، فإن أثبت الأقرب أنَّ الزَّوج غير كفء، فله في ذلك مقال؛ فإن أثبت الأبعد الكفاءة، ففي أحكام ابن زياد أن شهادة من شهد بعدم الكفاءة أتم، وليس على الحاكم أن يسأل الشهود من أين علموا عدم الكفاءة. وقيل: يقضي بأعدل البينتين، فإن تكافأتا كان الجرح أولى. وقيل: يسقطان وينظر الحاكم في ذلك.

وفي أحكام ابن حذير عن جماعة من الشيوخ: إن بين الشهود الحال التي كان بها غير كفء كانت شهادتهم أولى، وإن شهدوا مجملا كانت شهادة الآخرين أولى.

بعض الموثقين: الذي جرى به الحكم أنه إن كانت إحدى البينتين أعدل حكم بها. وبه قال سعيد بن أحمد وابن زرب وغيرهما.

وقوله: (وقال اللَّخْمِيّ: إن كانت دنيَّة مضى باتِّفاق) يعني: أن الخلاف المتقدِّم إنَّما هو في ذات القدر؛ لأنَّ النِّكاح قد انعقد بولي، وليس على القريب، وصم في وليته الدنيَّة؛ لأنَّ كل واحد كوليها، والله أعلم.

(ص): **(وفيها: ولو أعتق أمته ثُمَّ أنكحها من نفسه أو غيره بإذنها جاز، وإن كره وليها)**

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٦.

(ش): أي: من النسب، فيشمل الابن وغيره.

واقتصر في "الْمُدَوَّنَة[١]" على الولد؛ لأنه إذا أجاز مع الولد فمع غيره أولى. وقوله (جاز) يحتمل الإقدام ويحتمل مضي النكاح، وهو الأقرب لأن سائر أولياء النسب مقدمون على المعتق.

وقد تقدَّم أن الأولياء إذا كانوا في درجة ليس لأحدهم أن يعقد ابتداءً إلا بموافقة من استوى معه، وإذا كان ذلك مع التساوي فمع القرب أولى.

وذكر المُصَنِّف هذه المسألة بإثر الأولى؛ لأنها من فروعها؛ إذ هي من تزويج الأبعد مع وجود الأقرب.

ولقائل أن يقول: هذه المسألة أخف من التي قبلها؛ لأن هذه المعتقة من الدنيات ولسيدها له عليها بقية سلطنة الملك، وهو أولى الأكفاء لها، وعلى هذا فلا يمكن إجراء الخلاف المتقدم فيها، والله أعلم.

(ص): **(وإذا أنكح الأجنبي مع وجود المُجِير فكذلك)**

(ش): لما تكلَّم على صورتي تعدي الولي على ولي أقرب منه تكلَّم على تعدي الأجنبي.

وقوله (فكذلك) أي: لا يجوز ولو أجازه الأب، والأليق بطريقة المُصَنِّف ألا يذكر هذا؛ لأنه إذا لم يجز نكاح الأبعد مع وجود المجبر، فلأن لا يجوز نكاح الأجنبي مع وجود المجبر من باب أولى، لكن قصد رحمه الله تعالى الكلام على جميع الأقسام.

(ص): **(ولا متكلِّم لأحد الوليين على الآخر في المُعتَقَة)**

(ش): إيراده لهذا المسألة هنا غير مناسب، وهي من فروع قوله: (وإذا كان الأولياء في درجة، فإذا بادر أحدهم صح).

وما ذكره المُصَنِّف نص عليه في "الْمُدَوَّنَة[٢]".

وقال جماعة: الصواب: أن مجموع المعتقين منهما هو الولي لا أحدهما كالشريكين بخلاف الأخوين؛ لأنَّ كلا من المعتقين إنما له نصف الولاء ولا يرث إلا النصف، وهو ظاهر.

(ص): **(فإن لم يكن مُجبِرًا وهي ذات قدر فقال مالك: ما فَسَخَه بالبين، ولكن**

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٧.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٧.

أحبُّ إليَّ؛ وتوقف إذا أجازه الوليُّ بالقرب. وقال ابن القاسم: له إجازته وردُّه ما لم يَبْنِ بها. وقال أيضًا: له إجازته بالقرب وإلا ردَّ ما لم يطل بعد البناء. وقيل: يَرُدُّ. وقيل: يمضي. وفيها: إن دخل بها عوقبت المرأة والزَّوج والمنكِح والشُّهود إن علموا)

(ش): يعني: أن الأجنبي إذا زوج مع ولي غير مجبر فإما أن تكون المرأة ذات قدر أو دنية، فذكر المُصَنِّف في ذات القدر خمسة أقوال:

أحدها: أنه ماض مطلقًا، حكاه عبد الوهاب عن مالك.

والثاني لسحنون: يفسخ أبدًا. اللَّخْمِيّ: يريد وإن تطاول بالأولاد. وهذان القولان هما اللذان ذكرهما المُصَنِّف آخرًا.

والثالث: الوقف إذا أجازه الولي بالقرب، وهو قول مالك. قال في "المتيطية": قال ابن سعدون: يعني توقف مالك في فسخه وفي إجازته.

وقال أبو عمران: إنَّما توقف في إجازته ولم يتوقف في فسخه، وإنه مفسوخ، ونحوه للباجي واللَّخْمِيّ، انتهى.

والقول الرابع لابن القاسم: أن الخيار للولي في فسخه وإمضائه ما لم يدخل.

والقول الخامس له أيضًا، وإليه أشار بقوله: (وقال أيضًا: له إجازته بالقرب) ابن القاسم قاله في "الْمُدَوَّنَة[1]"، وقاله مالك، وزاد فيه قيدًا آخر في "الْمُدَوَّنَة"، وقال: ما لم تطل إقامته معها وتلد الأولاد.

واختلف الشيوخ في فهم هذا القول، فقال ابن التبان: إن كان قبل البناء بالقرب، فللولي إجازته وفسخه، وإن طال قبل البناء، فليس إلا الفسخ وإن كان بقرب البناء، فللولي أيضًا فسخه وإجازته، وإن طال بعد البناء، فليس للولي فسخه، وعليه اقتصر ابن يونس.

قال عبد الحق: وقال غير ابن التبان أنه يخير قبل البناء، وإن طال على مذهب ابن القاسم. واعلم أن المُصَنِّف لم ينقل كلام ابن القاسم على ما هو عليه في "الْمُدَوَّنَة[2]"، بل زاد فيه قوله: (وإلا ردَّ) هذه الزيادة إنَّما تأتي على فهم ابن التبان؛ لأنَّ قوله يقتضي تحتم الفسخ مع الطول قبل البناء..

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٧.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٨.

ولنذكر كلامه في "الْمُدَوَّنَة[١]" ليتبيَّن لك ذلك، قال فيها: قال ابن القاسم: إذا أجازه الولي بالقرب جاز، سواء دخل الزوج أم لا، وإن أراد فسخه بحدثان الدخول فذلك له، فأما إن طالت إقامتها معه وولدت الأولاد، أمضيته إن كان صوابًا. وقاله مالك.

وذكر في "الْمُدَوَّنَة[٢]" سادسًا، فقال: وقال عنه ابن وهب أنه يفرق بينهما بطلقة دخل بها الزوج أم لا، إلا أن يجيز ذلك الولي أو السلطان إن لم يكن لها ولي.

تنبيه:

ما ذكره المُصَنِّف في القول الأول من قوله: (ما فسخه بالبين، ولكن أحبُّ إليَّ) هو كذلك في "الْمُدَوَّنَة[٣]"، لكنه لم يذكر ذلك عند ذكره هذه الأقوال، وإنما ذكره لما تكلم على النكاح الذي يفسخ بطلاق والذي يفسخ بغير طلاق، وهو مشكل؛ لأنَّ الفسخ لا يقال فيه أحبُّ إليّ، إلا أن يقال أنه توقف لتعارض الأدلة. واستحب الفسخ خروجًا من الخلاف، وليستأنف عقد بولي لا خلاف فيه.

اللَّخْمِيّ: وجميع الخلاف الذي في هذه المسألة راجع إلى ثلاثة أقوال: هل تقدمه ولاية النسب على ولاية الإسلام من باب الأولى؟ أو هي حق له أو لله؟ فأمضاه مرة بناء على أنه أولى، ومرة رآه حقًّا له، فخيره في الفسخ والإمضاء، ورأى مرة أن الحق لله، ففسخه مطلقًا، ووقف مرة لتعارض الأدلة عنده هل ذلك حق له أو لله سبحانه؟

وقوله: (وفيها: إن دخل بها.. إلى آخره)، قال فيها: قيل لمالك: من زوج امرأة بغير إذن ولي بشهود، أيضرب أحدهم؟ فقال: أَدَخَلَ بها؟ قال: لا. وأنكر الشهود أن يكونوا حضروا، قال: لا عقوبة عليهم.

ابن القاسم: إلا أني رأيت فيها لو دخل بها لعوقبت المرأة والزوج والذي أنكح، ويؤدب الشهود أيضًا إن عملوا.

ومعنى قوله: (وأنكر الشهود أن يكونوا حضروا) أي: أنكروا أن يكونوا علموا أن هذا النكاح لا يجوز، بدليل قوله: (ويؤدب الشهود إن عَلِمُوا). هكذا قال أبو الحسن في معنى "الْمُدَوَّنَة[٤]"، وجعل بعضهم فاعل أنكر عائدًا على مالك؛ أي: وأنكر مالك أن

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٠٨.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١١٠.

(٣) المدونة الكبرى ٢ / ١١١.

(٤) المدونة الكبرى ٢ / ١١١.

يكون الشهود حضروا مثل هذا.

وقيَّد الباجي عدم عقوبتهم قبل البناء بما إذا كان النكاح مشهورًا.

وقوله: (عَلِمُوا) يضبط بالبناء للفاعل لا بالبناء لما لم يسم فاعله؛ لأنَّهم إذا علموا ولم يكن عندهم علم لا يعاقبون، وقد صرَّح في الجلاب بذلك.

اللَّخْمِيّ: وأرى ألا عقوبة على الزوجين إن كانا من أهل الاجتهاد، وذلك مذهبهما، أو كانا يريان تقليد من يرى ذلك أو كانا يجهلان أو يظنان أن ذلك جائز، وكذلك البينة ينظر إلى مذهبها أو من تقلد به.

(ص): **(والمعتبر الأقعد خاصَّة)**

(ش): هذا كما قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": وإذا استخلفت على نفسها رجلا فزوجها، ولها وليان أحدهما أقعد بها من الآخر، فلمَّا علما أجازه الأقعد، فلا قول هنا للأبعد بخلاف التي زوجها الأبعد، وكره الأقعد لأنَّ ذلك نكاح عقده ولي، وهذا نكاح عقده غير ولي، فلا يكون فسخه إلا بيد الأقعد.

(ص): **(فإن كانت دنيَّة؛ فقال مالك: هي أخفُّ)**

(ش): هذا قسيم قوله أولا (وهي ذات قدر) يعني: وإن كانت دنية، فقال مالك: هي أخف. وظاهره فيما إذا زوج الأجنبي مع وجود الولي. ومعنى أخف أنه يمضي، وهذا هو المشهور.

ففي "التنبيهات": أما الولاية العامة وهي ولاية الإسلام؛ فلا خلاف عندنا أن الخاصة من النسب أو الحكم مقدمة عليها وأنَّها مع عدمها ولاية صحيحة.

واختلف مع وجود الخاصة، فهل تكون العامة ولاية يصح بها العقد أم لا؟

على ثلاثة أقوال: المشهور أنها غير ولاية في الشريفة دون الدنية، وهو مذهب ابن القاسم وروايته.

الثاني: أنها غير ولاية فيهما، وهي رواية ابن وهب عن محمد.

والمسألة في "الْمُدَوَّنَة[2]" مفروضة إذا لم يكن لها ولي، ففيها: وإذا وكلت المرأة الدنية - مثل: المعتقة، والمسالمة، والسوداء، والمسكينة - أجنبيًا فزوجها، وهي ببلد لا سلطان فيه، أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله ولا ولي لها، جاز ذلك، وكذلك إن وكلت

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١١٣.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١١٣.

من أسلمت هي على يديه وذلك فيمن أخف منه في ذوات القدر، وأما إن أسلم على يديه أبوها، وتقادم ذلك حتى يكون لها من القدر والغنى والإباء في الإسلام، وتنافس الناس فيها فلا يزوجها، وهو كأجنبي فيها.

وقوله: (ولا ولي لها) ظاهره مثل رواية أشهب عن مالك؛ أنَّ الدنية وغيرها لا يزوجها إلا الولي أو السلطان.

الأبهري: وإليه رجع مالك.

وما ذكرناه من نص "الْمُدَوَّنَة[1]" هو الذي اختصره المختصرون، وليس في "الأمهات": يعسر عليها تناوله، وإنَّما هو في "الْمَوَّازِيَّة"، وعليه اختصر أبو محمد، وأنكر ابن الماجشون هذه الرواية، وقال: لا يجوز للدنية ولا غيرها أن يزوجها إلا الولي، إلا أن تكون مثل المرأة الأعجمية الوغدة، قد ساندت الرجل ذا المال والنعمة حتى صار لها كنفًا، يأخذ لها القسم، ويجري عليها النفع، فإن له تزويجها إذا لم يكن لها ولي، وأما ذات النعمة والحال والنسب فلا.

ابن عبد السلام: وأما ما حكاه بعض الشافعية عن مالك، أن للدنية أن تزوج نفسها، فغلط بين لا شك فيه.

(ص): (**وقال في المكفولة المُرَبَّاة: ومن أنظر لها منه، وقيل: يمضي مطلقًا. وقيل: كذات القدر**)

(**ش**): يعني: أن الدنية قد يكون الأجنبي فيها كالولي بل أولى منه؛ لأن معنى قوله: (ومن **أنظر** لها منه) لا أحد أنظر لها منه.

عياض: يعني بعد بلوغها ورضاها.

قال في "الواضحة": وذلك إذا مات أبوها وغاب أهلها، وعلى هذا حمل الشيوخ المسألة أنَّها غير ذات أب، وأنه من باب إنكاح الكافل والمربي لليتيمة، ولا يرون أن المكفولة يزوجها الحاضن في حياة أبيها، وذهب ابن العطار وابن زرب إلى أن للحاضن أن يزوجها في حياة الأب إذا كان غائبًا، ولا يكون إنكاحهن إلا برضاهن، خلاف ما وقع في كتب بعض الموثقين، وتأول على "الْمُدَوَّنَة[2]" أنه يكون بغير رضاهن، وهو وهم منه أو من النقلة عنه، انتهى.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١١٤.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١١٤.

وظاهر "الْمُدَوَّنَة[1]": أنه أحق من الأخ ونحوه، وبه قال ابن عيشون، فإنه قال: والكافل أحقُّ من أخيها لأبيها وأمها.

وفي "البَيَان": المشهور المعلوم من المذهب: أن الولي أحق بالنكاح من الحاضن إلا أن يكون الحاضن وصيًّا.

ابن عبد السلام: هل الكافل أحق من سائر الأولياء كان لها أب أم لا؟ أو إنما يكون أحق بها فيما عدا الأب؟ قولان، قال: واختلف في المرأة الكافلة هل تكون كالوصية فتقدم من يزوج أو لا؟

واقتصر ابن راشد وغيره على أن المرأة ليس لها أن توكل.

ابن راشد: وهي في ذلك بخلاف الرجل.

وذكر ابن راشد في موضع آخر أنه اختلف في الرجل الكافل هل له أن يوكل أم لا؟

وكذلك اختلف في الكافل إذا زوج المكفولة ثم يموت زوجها أو يطلقها هل تعود ولايته عليها؟

فقال ابن عتاب: تعود. وقال ابن القطان: لا تعود. وقال ابن الطلاع في "وثائقه": إن كان خيرًا فاضلا عادت، وإلا لم تعد.

ابن عبد السلام: وقيل: إن عادت إلى كفالته عادت ولايته، وإلا فلا.

فَرْعَان:

الأول: ذكر بعض الموثقين أن حدَّ الكفالة التي توجب للكافل عقد النكاح عشر سنين.

أبو الحسن: وعندي أنه لا حدَّ لذلك إلا ما يرى أنه يوجب من الحنان والشفقة مثل ما للولي أو يقرب.

ونقل عن الشيخ أبي محمد صالح أن أقلها أربعة أعوام.

الثاني: اختلف في ولاية الكفالة، هل هي عامة في الشريفة والدنية أو خاصة بالدنية؟

وهو ظاهر "الْمُدَوَّنَة[2]"، لقوله: وأما كل امرأة لها بال وغنى وقدر، فإن مالكًا قال:

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١١٦.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١١٦.

لا يزوجها إلا وليها أو السلطان.

وقياس قول مالك في إجازة نكاح الكافل أنَّه يجوز بيعه له، لكن نص مالك في (كتاب القسم) على أنه لا يجوز بيعه له ولا قسمته عليه، وأجاز في (كتاب القسم) قسم ملتقط اللقيط عليه، ومنع ذلك أَصْبَغ.

قوله: (وقيل: يمضي مطلقًا) ابن عبد السلام: يعني أنه لا يحتاج في تزويج الأجنبي من لا قدر لها أن يكون كافلا.

(ص): (**فإن كان الوليُّ غائبًا فقال ابن القاسم: الحاكم كالوليِّ، ويبعث إليه فيما قرب**، وعن مالك: **ينظر الوليُّ ما لم يتطاول بالأولاد**)

(ش): يعني: فإن زوج الأجنبي وكان الولي غائبًا، وهذه المسألة ذكرها في "الْمُدَوَّنَة[1]" فيما إذا كان لها وليان، ففيها: وإن غاب الأقرب، وأراد الأبعد فسخه، نظر السلطان، فإن كانت غيبة الأقرب قريبة بعث إليه وانتظره، ولم يعجل، وإن كانت غيبة بعيدة، فنظر السلطان كنظر الغائب في الرد والإجازة، وكان أولى من الولي الحاضر.

اللَّخْمِيّ: وإذا كتب الغائب في الغيبة القريبة وقف الزوج عن المرأة.

الباجي: وكتب مالك إلى ابن غانم أن السلطان لا ينظر فيه إلا أن يقوم الولي، فيطلب الفسخ إلا فيما تطاول مع الأولاد، وهذا هو القول الثاني الذي ذكره المُصَنِّف.

اللَّخْمِيّ: ولمالك في "الْمَوَّازِيَّة " أن السلطان لا ينظر - قربت غيبة الولي أو بعدت - حتى يقدم الولي، فإن قدم وخاصم، وكانت المرأة ممن لها العشيرة وأهل البيوت لم يجز ذلك إلا في شيء قد فات وتزوجها كفء.

وقال مالك أيضًا: للمرأة إذا كان الولي غائبًا أن تأمر رجلا يزوجها، فيجوز ذلك إذا لم تضع نفسها في دناءة. قيل له: ولا ترفع إلى السلطان. قال: ليس كل امرأة تقدر إلى السلطان.

(ص): (**ولا ولاية لرقيق على ابنته ولا غيرها، ويقبَل لنفسه ولمُوَكِّلِهِ بإذن سيده وبغير إذنه**)

(ش): للولي ثمانية شروط، ستة متفق عليها، واثنان مختلف فيهما. فالستة: أن يكون حرًا، بالغًا، عاقلا، ذكرًا، حلالا، مسلمًا؛ أعني: إذا كانت وليته مسلمة؛ لأن الكافر

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١١٧.

يجوز أن يعقد نكاح وليته الكافرة لمسلم.

والاثنان المختلف فيهما: أن يكون رشيدًا، عدلا.

وتكلَّم المُصَنِّف عليها كلها. ومراده بالرقيق: القنّ، ومن فيه عقد حرية، وإنما قال: (ولا غيرها) ولم يقتصر على البنت؛ لأنَّ ولاية البنت إجبار، فقد يتوهَّم أنه إنَّما منع من الإجبار، فإن تولَّى العقد، فقال مالك: يفسخ - ولو ولدت الأولاد - بطلقة، ولو أذن له الولي أو كانت دنية.

ويتخرج فيها قول آخر: أنَّه يفسخ بغير طلاق للغلبة على فسخه.

أَصْبَغ: ولا ميراث في النّكاح الذي تولَّى العبد عقده، وإن فسخ بطلقة لضعف الاختلاف فيه. قال فيها: ولا يقدم المكاتب من يُزوِّج إماءه.

وقوله: (ويقبل لنفسه) يعني: أن الشروط إنما تعتبر من جهة ولي الزوجة.

وقوله: (بإذن سيِّده وبغير إذنه) يعود على قوله: (لمُوَكِّلِه) وإنما جاز ذلك لأنه أمر خفيف، ولا مضرة على السيد فيه، ويحتمل أن يرجع إليه وإلى موكله؛ لأن عقده أيضًا على نفسه صحيح، وإنما يتوقف أيضًا على إجازة السيد.

(ص): **(ولا صبيٍ، ولا معتوه)**

(ش): لاشتراط البلوغ والعقل.

(ص): **(وتنتقل إلى الأبعد)**

(ش): أي: إذا كان الأقرب صبيًا أو رقيقًا أو مجنونًا.

(ص): **(ولا تزوِّج المرأة نفسها، ولا امرأة غيرها، بل تلي على عبدها وعلى الذكر الموصاة هي عليه)**

(ش): لاشتراط الذكورية. وما ذكره من أنها تعقد على عبدها أو (على الذكر الموصاة هي عليه) أي: تقبل لهما، هو قول ابن القاسم في "العُتْبِيَّة" و"الواضحة"، وهو المشهور المعروف، وحكى عبد الوهاب قولا بأنها لا تقبل للذكر، وكذا العبد في القولين.

(ص): **(وتُوكِّل المالكة والمعتقة والوصيَّة وليَّها أو غيره)**

(ش): لا إشكال في هذا في المالكة والوصية، وكانت عائشة رضي الله تعالى عنها وصية على أيتام، فكانت تختار الأزواج وتقدر الصداق، ثم تقول: (اعقدوا، فإن النساء لا يعقدن).

وما ذكره المُصَنِّف قرره ابن راشد، ونص عليه ابن شاس، وابن فتحون في "وثائقه"، والمتيطي، وابن بطال في "أحكامه".

عياض: قوله - يعني في "الْمُدَوَّنَة[١]" - في المرأة: إذا وكلت رجلا يزوج وليتها جاز، فإن معناه عند أكثر أئمتنا: مولاة لها أو من تلي عليها بإيصاء.

ونقله ابن عبد السلام عن بعض الأندلسيين من الموثقين وغيرهم.

ابن عبد السلام: والصواب: أن الولاية لأولياء المعتقة دون من تقدمه هي في حياتها، ودون ابنها بعد موتها، وذلك بين من " الموطأ " وكلام المتقدمين، وقد عرضته على من يوثق به من أشياخي فوافق عليه، انتهى.

(ص): (**ويُوكِّل العبد المُوصى إليه**)

(ش): هكذا نقل الباجي عن مالك.

(ص): (**ويُفسَخُ النكاح بلا ولي في الجميع ولو أجازه الولي، ولو بعد الطول والولادة بطلاق عن ابن القاسم، وبغير طلاق عن ابن نافع**)

(ش): يعني: أن النِّكاح إذا انعقد بين الزوجين من غير ولي ولا أجنبي، فلا بد من فسخه، أجازه الولي أم لا، طال أو لم يطل، وسيأتي مأخذ القولين في فسخه هل بطلاق أم لا؟

(ص): (**والإحرام من أحد الثلاثة مانع**)

(ش): (الثلاثة) هي: الزوج، والولي، والزوجة.

(ص): (**والمشهور أنَّ كفر الجزية يسلب من الولي الولاية عن المسلمة كغيره**)

(ش): مقتضى كلامه: أن المسلمة إذا كان لها ولي كافر فإن لم يكن من أهل الجزية كالمرتد والحربي، فلا ولاية له باتفاق، وإن كان من أهلها فالمشهور كذلك. وقيل: له الولاية.

والمقطوع به من المذهب أن الكافر لا ولاية له على المسلمة أصلا، وقد حكى ابن بشير على ذلك الاتفاق.

وفي قول المُصَنِّف (كفر الجِزْيَة) نظر؛ لأنَّ المشهور عندنا أن كل كافر تؤخذ منه الجزية إلا المرتد، فليس لنا كفر لا تؤخذ فيه الجزية.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١١٧.

ابن راشد: وأخبرني الشيخ الفقيه القاضي أبو عبد الله ابن الشيخ أبي عبد الله الزواوي أنهم وجدوا في بجاية كتبًا لبعض الأندلسيين، وفيها أن الكافر من أهل الجزية تكون له الولية أو قال: له البنت المسلمة، فإنها لا تزوج بغير أمره ورضاه.

قال: ورأيت بعد ذلك المسألة في "أحكام ابن بطال"، ونص كلامه: قال ابن حبيب وغيره: لا يجوز للنصراني إذا كانت له بنت مسلمة أو أخت كذلك أن يوجها، ولا يستخلف من يزوجها، ولا يطلب في ذلك رضاه، وليس هو ولي في حال نصرانيته، فإن جهل وزوج ابنته المسلمة، أو استخلف مسلمًا زوجها، فسخ النكاح أبدًا قبل البناء وبعده.

وقال أَصْبَغ: إنما لا يجوز للنصراني أن يزوِّج أخته المسلمة إذا كان من أهل الصلح، وأما من يصير ميراثه للمسلمين منهم إذا مات فهو يزوجها، وهذا مراد المُصَنِّف، انتهى.

الباجي: عن ابن القاسم: ولا يعتبر رضا الكافر في تزويج ابنته المسلمة.

(ص): **(وكذلك العكس على المشهور)**

(ش): مراده بالعكس: أن يكون الولي مسلمًا والمرأة كافرة، فلا ولاية لمسلم عليها على المشهور.

واختلفت طرق الشيوخ في نقل هذه المسألة، فمنهم من نقل مثل المُصَنِّف أن المشهور سقوط الولاية، والشاذ ثبوتها.

ومنهم من حكى ثلاثة أقوال: هذين القولين، والفرق، فيزوجها من مسلم ولا يزوجها من كافر، وهو قول ابن وهب.

وقال ابن حبيب: يزوجها من نصراني إذا لم تكن من نساء أهل الجزية.

وحكى في "البَيَان " في المسألة ثلاثة اقوال:

الأول: إن كانت من أهل الصلح، لم يكن له أن يزوجها، وإن لم تكن من أهل الصلح جاز، كان عليها جزية أو لا، وهو قول مالك في "العُتْبِيَّة " على ما فسره ابن القاسم.

الثاني: لا يجوز له أن يزوجها، كانت من أهل الصلح أو لم تكن، كانت عليها جزية أو لم تكن، وهو قول ابن القاسم؛ لأنه قال: لا يزوج المسلم النصرانية كانت بنته أو اخته أو مولاته.

والثالث: له أن يزوجها، كانت من أهل الصلح أو لم تكن، كانت عليها جزية أو لم تكن، إلا أن تكون من أهل الصلح فيكونوا أولى بتزويجها منه إن شاحوه؛ لأنهم إنما صالحوا وبذلوا الجزية على أن يخلى بينهم وبين نسائهم، وهو قول ابن القاسم في سماع زونان.

وذهب ابن لبابة إلى أنَّه لا اختلاف في هذه المسألة، وأن أقوالهم ترجع إلى أنها إن كانت ممن عليه الجزية، فلا يزوجها المسلم، كانت من أهل الصلح أو لم تكن، وإن لم تكن عليها جزية فيزوجها. ويحمل ما وقع في القول الثاني على المولاة التي أعتقها وهو نصراني، ويحمل ما في سماع زونان على أنها معتقة لمسلم.

(ص): (**إلا المسلم في أمته ومُعْتَقَتِهِ**)

(**ش**): قوله: (إلا المسلم في أمته ومُعْتَقَتِهِ) هو المشهور، وعن أبي مصعب لا يزوِّج أمته النصرانية، وخرجه اللَّخْمِيّ في المعتقة.

عياض: ولا يلزم إذ قد تكون علة أبي مصعب ألا يعقد نكاح أمته لنصراني، بخلاف عقد نكاحه للمعتقة من مسلم.

اللَّخْمِيّ: والقياس في الأمة المنع.

فإن قيل: إنما جاز في الأمة لأنها ماله. قيل: النِّكاح يفتقر إلى ولاية، بدليل أنها لو كانت لعبد أو امرأة لم يجز لهما أن يعقدا. والمشهور هنا شبيه بالمشهور في سقوط الجزية عن معتق المسلم كما تقدَّم.

(ص): (**وعلى السَّلب يُزوِّج الكافِرَة ولي كافرة، ثُمَّ أساقفتُهُم لكافر أو مسلم**)

(**ش**): أي: وعلى المشهور من سلب ولاية المسلم عن وليته الكافرة يتولى العقد عليها وليها الكافر.

وما ذكره المُصَنِّف من أنه يعقد وليها الكافر لمسلم نص عليه في "الْمُدَوَّنَة[1]".

خليل: وانظر ما معنى العطف بقوله: (ثُمَّ أساقفتهم) وإن كان المُصَنِّف قد تبع ابن شاس ونحوه لأصْبَغ، إذًا أنا لا نتعرض لهم في أحكامهم إلا أن يكون عندهم أن الولي يقدم على الأساقفة، فعطف بـ (ثُمَّ) على ما هو الواقع عندهم.

قالوا: ولا يتولَّى السلطان ذلك إذا لم يكن لها ولي، ويجبر أهل دينها على ذلك إن

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١١٩.

دعت إلى كافر؛ لأنَّه من التظالم، ولم يجبرهم على إنكاحها من مسلم.

(ص): (**فإن عقد لها وليُّها المسلم لكافر لم يعرض له**)

(ش): لأنا لم نتعرض لهم في الزنا إذا لم يعلنوه، فأحرى النكاح.

ابن القاسم: وقد ظلم المسلم نفسه لما أعان على ذلك.

فَرْعٌ:

وأما إن عقد لها على مسلم؛ فإنه يفسخ. وقال أَصْبَغ: لا يفسخ.

(ص): (**واختلف في السَّفيه، فقال ابن القاسم: يعقد بإذن وليِّه. وقال أشهب: يعقد إن كان ذا رأي إذا لم يولَّ عليه. وقال ابن وهب: يعقد وليه، فإن عقد فله إجازته وردُّه**)

(ش): حاصله: أن ابن وهب رأى أن الحجر عليه يمنع من عقد النكاح.

واتفق ابن القاسم وأشهب على أن له الولاية، ثم اختلفا، فقال ابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة": لا يستقل بها ولكن يعقد بإذن وليه.

زاد الباجي في قوله: إلا السفيه الضعيف، فهو كالميت.

وقال أشهب في "العُتْبِيَّة": يتولَّى العقد بشرطين: أن يكون ذا رأي، وأن يكون مهملا لا وصي عليه، ولا تحجير من جهة الحاكم.

ونقص المُصَنِّف من قول ابن القاسم ولا السفيه الضعيف، والمراد بالسفِيه الضعيف هو الذي لا رأي له، ونقص أيضًا من قول ابن وهب أمرين:

أحدهما: أنه قال بإثر ما نقله المُصَنِّف عنه: ويُستحبُّ للولي أن يحضره ولا تضر غيبته.

وثانيهما: أنه قال: وإن لم يكن له ولي فإنكاحه ماضٍ إن كان صوابًا.

محمد: وقوله صواب، إلا قوله: فإن لم يكن له ولي جائز، وذلك سواء كان له ولي أم لا، ينظر فيه بالاجتهاد فيرد أو يجيز، وذكر ابن مغيث في "وثائقه " عن أشهب: أن إنكاح السفيه لوليته جائز، وإن كان مولى عليه.

الباجي: ففرق ابن وهب بين المحجور عليه وغيره، وسوَّى محمد بينهما، وقال: لا يرد إلا بوجه بين.

ابن زرقون: وقال أبو مصعب في المحجور عليه أن النكاح فاسد، يفسخ قبل البناء وبعده، وهو راجه للاختلاف في النكاح الموقوف.

(ص): (**والمشهور: أن الفسق لا يسلب إلا الكمال**)

(ش): الباجي: مذهب مالك وأبي حنيفة: أن الفسق لا ينافي الولاية.

وفي اللَّخْمِيّ: أجاز ابن القصار أن يكون فاسقًا. وكرهه عبد الوهاب مع وجود عدل وإن عقد جاز، والشاذ حكاه ابن شاس، ولم أره إلا أن ابن بشير قال: هل يصح أن يكون الفاسق وليًّا أم لا؟

وذكر اللَّخْمِيّ القولين، والذي في المذهب الخلاف في كونها شرطًا في الكمال لا في الإجزاء، ولعل هذا الخلاف في شهادة؛ لأن من الناس من لا يرضى لوليته إلا بما يعود لصلاحها، لا نفقته وحميته، ومنهم من لا يلتفت إلى ذلك، والذي رأيته في اللَّخْمِيّ هو ما قدمته.

ابن عبد السلام: وبقي في تصوير المشهور: أن سلب الكمال إن أريد به تقديم الأبعد العدل على الأقرب الفاسق فبعيد، وإن أريد رجحان العدل المساوي في القرابة على مساويه الفاسق فيها فقريب.

(ص): (ويصح توكيل الزَّوج العبد، والصَّبيَّ والمرأة والنَّصرانيّ على الأصحِّ، بخلاف الولي فإنَّه لا يُوكل إلا من يصحُّ عقده لو كان وليًّا)

(ش): يعني: يشترط في توكيل ولي الزوجة أن يصلح أن يكون وليًّا، وأما الوكيل من جهة الزوج، فلا يشترط فيه ذلك على الأصح.

وقيل: يشترط في وكيله ما يشترط في وليها.

وأنكر بعضهم وجوده في المذهب.

ابن شاس: ثمَّ يقول الولي للوكيل بالقبول: زوجت من فلان. ولا يقل زوجتك. وليقل الوكيل: قبلت لفلان. ولو قال قبلت لكفى إذا نوى بذلك موكله.

(ص): (ولابن العمِّ والمُعتق والحاكم، ووكيلهم أن يتولَّى طرفي عقد النِّكاح بالإذن له معيَّنًا على المشهور)

(ش): لم يثبت في كل النسخ قوله: (على المشهور) وهي زيادة صحيحة، ثم هي يحتمل أن تعود إلى قوله: (يتولَّى طرفي عقد النِّكاح)، ويحتمل أن يعود إلى قوله (مُعيَّنًا).

وحكى اللَّخْمِيّ عن المغيرة منعه إلا أن يوكل غيره يزوجها منه.

وعلى المشهور ففي الجلاب: فينبغي للولي أن يشهد على رضاها احتياطًا من منازعتها، فإن لم يشهد على ذلك والمرأة مقرَّة بالنكاح فهو جائز، ولفظ ذلك أن يقول

لها: قد تزوجتك على صداق كذا وكذا وترضى به.

وقد تقدَّم أن المشهور: ليس له أن يزوجها من نفسه إلا أن تأذن له معينًا، وأن في المذهب قولا آخر: أن له ذلك وإن لم يتعيَّن.

والاحتمال الأول أقرب إلى هذه المسألة؛ لأنَّ هذه المسألة تقدَّمت.

فإن قيل: إنما أعادها ليؤخذ منه القول الشاذ.

قيل: لا شك أن الأول أكثر فائدة؛ لأنَّه يؤخذ منه حكم مسألة مستقلة.

ويقع في بعض النُّسخ ما نصه: بالإذن على المشهور معينًا، وحينئذ يتعين حمله على الوجه الثاني؛ لأن قوله معينًا؛ من صلة المصدر، وهو الإذن، فلو حملناه على الأول، لَزِم الفصل بين المصدر وصلته بأجنبي، وهو غير جائز.

فروع:

الأول: الوصي يلحق بمن ذكر، لكن كَرِه مالك لوصي الأب أن يزوج محجورته من نفسه أو من ولده. قيل: ومقدم القاضي أشد في الكراهة، فإن فعل نظر السلطان فيه، فإن كان غبطة لها أمضاه.

محمد: ينظر فيه عند البناء، وروى ابن حبيب عن مالك أنه يكمل لها صداق المثل.

وقال ابن حبيب: لا يجوز ذلك ابتداءً، فإن فعل نظر في ذلك السلطان، كما قاله مالك في اشترائه مال محجوره.

وقال غير واحد: وإذا تزوَّج فلا بد أن يضمن العقد معرفة السداد، ومعرفة الإيصاء والصداق؛ لأنَّ الوصي يتَّهم في محاباة نفسه.

الثاني: إذا وكل الأب من يعقد نكاح ابنته البكر، فهل على الوكيل أن يستأمرها أم لا؟ روايتان، والذي ذهب إليه عبد الملك والتُّونُسِيّ أنَّه لا يستأمرها ولا يسمع منها.

وفي "وثائق ابن عفيف": ليس للوكيل تزويجها إلا بسامعين برضاها إلا أن يقول الأب في توكيله أنَّه وكيله وكالة تامَّة مفوضة، أقامه بها مقام نفسه، وأنزله منزلته، فلا يحتاج إلى السماع حينئذ.

وظاهر الخلاف: أنَّه في حضور الأب وغيبته، لأنّ ابن عات قال: إذا غاب الأب بعد التوكيل كان ذلك يعني دخول الخلاف أحرى.

الثالث: إذا كان الولي في غير بلد وليته، فأراد أن يوكل على عقد نكاحها، وطلب

من القاضي الخطاب، فعلى القاضي أن يكلّفه إثبات ولايته ومنزلته من المرأة، فإذا ثبت ذلك عنده فحينئذ يخاطبه.

الرابع: إذا طال أمد الوكالة ستة أشهر ونحوها، لم يعقد حتى يجددها إلا أن ينص الموكل أنَّها بيده على الدوام.

(ص): **(والإشهاد شرط في جواز الدُّخول لا في صِحَّة العقد)**

(ش): لما في "الْمُدَوَّنَة[١]" من رواية ابن وهب أن حمزة بن عبد الله خطب إلى سالم بن عبد الله ابنته، فزوجه إياها، وليس معهما غيرهما. قال فيها: وقد ذكر مثل ذلك عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين قال لرجل: "أَلا أُنْكِحُكَ أميمة بِنْتَ رَبِيعَةَ بْنِ الْحَارِثِ"، قَالَ: بَلَى يَا رَسُولَ اللهِ، قَالَ: "قَدْ أَنْكَحْتُكَ إياها"[٢]، ولم يُشهد.

قال ابن الموَّاز: وقد فعل ذلك ابن عمر رضي الله تعالى عنهما حين زوج ابنته سودة من عروة.

أخبرنا به غير واحد، وما ذكرناه من لفظ "الْمُدَوَّنَة[٣]": (آمنة)، كذلك رواه جماعة. عياض: والمعروف (أميمة) بميمين.

وقد قيل في غير "الْمُدَوَّنَة[٤]": (أمامة) وكذلك ذكره البغوي في هذا الخبر بعينه، والبخاري في "تاريخه"، وإذا لم يشترط الإشهاد في العقد، فهو أفضل.

ابن عبد السلام: ويتخرَّج في المذهب قول آخر بعدم صِحَّة النِّكاح الذي لم يشهد فيه من الخلاف في تفسير نكاح السر، انتهى.

وفي "التنبيهات": مشهور مذهبنا أن الإشهاد ليس بشرط في صحة العقد.

وفي "كتاب القزويني " عن مالك ما ظاهره: أن الإشهاد شرط في العقد كقول المخالف.

اللَّخْمِيّ، وابن يونس، وابن راشد: ويستحب إعلان النكاح وإشهاره وإطعام الطعام عليه.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٠.

(٢) أخرجه ابن وهب في الموطأ، برقم (٢٤٣).

(٣) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٠.

(٤) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٢.

وروى الترمذيّ[١]، والنَّسائيّ عنه عليه الصلاة والسلام أنَّه قال: "أَعْلِنُوا النِّكَاحَ، وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ".

وروى أيضًا عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: "فَصْلُ مَا بَيْنَ الْحَلالِ وَالْحَرَامِ الدُّفُّ وَالصَّوْتُ"[٢].

(ص): **(فإن دخل قَبلَه فُسخ بطلقة بائنة. وقيل: ويُحدَّان إذا ثبت الوطء ما لم يكن فاشيًا. وعن ابن القاسم: ما لم يجهلا)**

(ش): ما ذكره من الفسخ **بطلقة** بائنة نص عليه مالك في "الْمَوَّازِيَّة"، وهو واضح. أما كونه بطلاق؛ فلأن عقده صحيح عندنا، وأما كونها بائنًا، فلأنه من الطلاق الحكمي.

وقاعدة المذهب: أن كل طلاق يوقعه الحاكم، فهو بائن، إلا طلاقين: طلاق المولي، وطلاق المعسر بالنفقة.

ودلت الواو في قوله (وقيل: ويُحدَّان) على أن هذا القائل يضم إلى الفسخ بطلقة بائنة الحد إن ثبت الوطء بإقرار أو بينة، ما لم يكن فاشيًا.

وأن ابن القاسم لا يعتبر الفشو في إسقاط الحد، وإنما يعتبر جهلهما بحكم الشهادة خاصة.

ومقتضى كلامه: أن المذهب سقوط الحد عنه في كل صورة، وهذا شيء لا يقوله أحد، بل إن حصل الفشوُّ والجهل، فالاتفاق على سقوط الحد، وإن انتفيا فالاتفاق على ثبوته. قاله ابن بشير وابن عبد السلام.

واختلف إذا وجد أحد الوصفين، والقول باعتبار الفشو في إسقاط الحد لابن الماجشون، وأَصْبَغ، وابن حبيب، والقول باعتبار الجهل لابن القاسم كما ذكر المُصنِّف.

ابن الماجشون وأَصْبَغ: والشاهد الواحد لهما بالنكاح أو باسم النكاح كالفشو في إسقاط الحد.

(ص): **(ولا تُفيد شهادة الوَلِيّ لهما كما لا تُفيد على إذنها)**

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١٠٨٩).

(٢) أخرجه الترمذي، برقم (١٠٨٨) من حديث محمد بن حاطب رضي الله عنه، والنسائي في الصغرى، برقم (٣٣٦٩).

(ش): يعني: أن الولي إذا شهد لهما بالتَّزويج لا تفيد شهادته شيئًا؛ لأنَّه يتَّهم على إرادة الستر على وليته، وكذلك أيضًا لا تعتبر شهادة الولي على أنها أذنت له؛ لأنه يتهم على تصحيح فعل نفسه.

(ص): (ونكاح السر باطل)

(ش): لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه " نَهَى عَنْ نِكَاحِ السِّرِّ"[1].

(ص): (والمشهور أنه المتواصَى بكتمه وإن أشهدا فيه، فيُفسَخُ بعد البِنَاء وإن طال على المشهور. وقيل: هو الذي دخل ولم يُشْهَد فيه)

(ش): المشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[2]": أن نكاح السر هو المتواصى بكتمه ولو كانوا مائة شاهد.

وقال يحيى بن يحيى: لا يكون نكاح سر ما عقد بشاهدين، وإنما هو ما عقد بغير بينة، أو بشهادة امرأتين، أو رجل وامرأتين. يريد: ودخل فيه من غير شهادة، وإنما يفسد على المشهور إذا أوصى بالكتمان قبل العقد.

ولو أمر الشهود بالكتمان بعد العقد، فإنه صحيح، ويؤمرون بإشهاره.

وأشهب: وهذا إذا لم تكن له نية، وإن نكح على نية الاستكتام بعد العقد فليفارق.

وقال أَصْبَغ: لا أرى أن يفسخ إذا لم يكن إلا ضمير نفسه؛ لأنه لا بأس أن يتزوَّج ونيَّته أن يفارق. واختلف هل الأمر بذلك على قول أشهب استحباب، وهو مذهب ابن رشد؟ أو وجوب، وهو مذهب التُّونُسِيّ؟

ابن حبيب: وإن اتَّفق الأولياء والزوج على الكتمان، ولم يعلموا الشهود، فهو نكاح سر.

مالك في "الواضحة": ولا فرق بين أن يسألوا الشهود أن يكتموا ذلك من امرأة أخرى، أو يكتموا ذلك في المنزل الذي نُكِح فيه، ويظهروه في غيره، أو يكتموا ثلاثة أيام ونحوها، وذلك كله نكاح سر.

وإذا فرَّعنا على المشهور فلو وقع، ففي "البَيَان": المشهور: يفسخ بعد البناء، إلا أن يطول بعده فلا يفسخ.

وكذلك نقل ابن حبيب عن مالك وأصحابه، قال: وقيل: أن النِّكاح صحيح يثبت

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (١٦٢٧١)

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٣.

قبل البِنَاء وبعده، ويؤمر الشهود بإعلان النِّكاح، وهو قول يحيى بن يحيى، انتهى.

وهذا لا يحسن أن يكون مقابل المشهور في كلام المُصَنِّف؛ لأن يحيى يخالف في تفسير نكاح السر ابتداءً، والخلاف الذي حكاه المُصَنِّف إنَّما هو مبنيٌّ على المشهور، وإنَّما مقابل المشهور في كلام المُصَنِّف على رأي اللَّخْمِيّ أنَّه يمضي بالعقد.

فإن قيل: هل يصح أن يكون الشاذ في كلام المُصَنِّف ما قاله ابن الجلاب أنَّه يعلن في ثاني حال ويصح؟ قيل لا؛ لقوله بعد ذلك: إذا لم يرد به نكاح سر.

وصاحب " الكافي "وإن لم يذكر هذه الزيادة فينبغي أن يقيد كلامه بها؛ لأنه كثيرًا ما يأخذ من الجلاب.

وفي "الاستلحاق " عن بعض من أكد به أنه رأى لأصحاب مالك أن نكاح السر جائز، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، انتهى.

وهذا يحتمل أن يكون إشارة إلى قول يحيى، ولم أر من قال بالفسخ بعد البناء، والقول كما قال المُصَنِّف، غير أنه وقع في "الْمُدَوَّنَة[1]" و"المبسوط " لمالك أنه يفسخ وإن دخلا.

وفي سماع أشهب: يفرق بينهما وإن دخل بطلقة، ولها صداقها إن كان أصابها. ولم يقل فيه (وإن طال) كالمُصَنِّف.

ابن راشد: ولعل المُصَنِّف رأى هذه الرواية فحملها على الإطلاق.

خليل: ويؤخذ من كلام صاحب " الاستلحاق " أن ما وقع لمالك في سماع أشهب محمول على إطلاقه.

ونص أبو الحسن على أن ما حكاه ابن حبيب تفسير " للمدونة"، وكذلك أشار إليه المازري، ونص على أن ما وقع في "المبسوط " يقيد أيضًا بعدم الطول بعد البناء.

وقد ظهر لك أن قوله: (على المشهور) راجع إلى قوله: (بعد البِنَاء) وأن مقابله للَّخمي، ولا يرد إلى قوله: (وإن طال)، وإن كان ابن عبد السلام زعم أنه الأولى، قال: وقد ذكر الخلاف كذلك غير واحد، لأنَّه تبينَّ لك أن المشهور لا يفسخ بعد البناء والطول، ولكن يبقى.

قول المُصَنِّف: (وإن طال) ليس بجيد؛ لاقتضائه أنَّه يفسخ على المشهور بعد

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٣.

البناء والطول.

ابن شهاب في "الْمُدَوَّنَة[١]": ويعاقب الزوجان والشاهدان بما كتما، وقال مالك: لا يعاقب الشاهدان إن جهلا ذلك، وإن أتيا بمعرفة أنَّه لا يصح عوقبا.

(ص): (ورجع مالك إلى أنَّه لا يُفسخ نكاح الخيار بعد البناء للزوج أو للزوجة أو للولي أو لهم بخلاف النِّكاح إلى أجل)

(ش): يعني: أن نكاح الخيار ممنوع؛ لأنَّ الخلاف في الفسخ بعد البناء مستلزم للمنع قبله.

اللَّخْمِيّ: وعلى القول بإجازة الخيار في الصَّرف؛ لأنَّ النِّكاح غير منعقد حتى تمضي أيام الخيار. وقال: ويجوز على خيار المجلس وبعد الافتراق فيما قرب، وهو في هذا أوسع من الصرف.

قال صاحب " **الاستلحاق**": ومن شيوخنا من يقول: إن كان الخيار في المجلس، فلم يختلف أصحابنا في جوازه، وإن كان الخيار يفترقان عليه بالبيع، فلا يختلف أصحابنا في منعه.

ولابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة": إن شرط لها مشورة فلان الشيء القليل، وهو حاضر بالبلد ويأتي من فوره جاز.

وأخذ ابن القاسم بالقول بالمرجوع إليه أنَّه إنَّما يفسخ قبل البناء، وكان أولا يقول بالفسخ أيضًا بعده، وهو أظهر؛ لأنَّ فساده في عقده.

قال في "الْمُدَوَّنَة[٢]": ولها المسمى دون صداق المثل.

عياض: وفي الأسدية لها صداق المثل.

وقوله: (بخلاف النِّكاح إلى أجل) يعني: فإنه يفسخ بعد البناء باتفاق، وهو نكاح المتعة بغير طلاق، وقيل: بطلاق، ويعاقب الزوجان ولا يبلغ بهما الحد، والولد فيه لاحق، وهل لها المسمى بالدخول أو صداق المثل؟ قولان:

اللَّخْمِيّ: والأحسن المسمَّى؛ لأن فساده في عقده.

فَرْعَان:

الأول: قال مالك لا خير في نكاح النَّهارية؛ وهو أن يتزوج على أن لا تأتيه إلا

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٥.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٦.

نهارًا أو ليلا.

ابن القاسم: ويفسخ ما لم يدخل، فإن دخل ثبت، ولها صداق المثل ويسقط الشرط.

قال في "البَيَان": وهو الذي يأتي على مذهب "الْمُدَوَّنَة[١]"، وبه قال أَصْبَغ، وحكاه عن مالك وأصحابه، وقال عيسى: يفسخ قبل الدخول وبعده.

واختلف: هل لها صداق مثلها أو المسمى؟

والقول بصداق المثل أظهر لما في الشرط من التأثير في الصداق، ومن أهل العلم من يجيز نكاح النهارية، وهو قول الحسن وعطاء، ومنهم من يكرهه، وهو قول الحكم، وابن سيرين، انتهى.

والفرق بينه وبين نكاح المتعة على قول ابن القاسم: أنَّه دخل هنا على أن يكون النكاح بيده إلى أن يموت.

الثاني: أن يتزوَّج المسافر المرأة ليستمتع بها، ويفارقها إذا سافر، فإن شرطا ذلك فهو متعة، وإن لم يشترطاه، ولكن فهمت المرأة ذلك، ففي جوازه ومنعه قولان لمالك ذكرهما اللَّخْمِيّ وغيره.

مالك: وإن تزوج لغربة أو ليقضي إربه ثم يفارق، فلا بأس، وإن كان من النساء من لو علمت بذلك لم ترض.

(ص): (وفي إن لم يأت بالصَّداق إلى أجل كذا قولان: مثله، وجائز)

(ش): (مثله وجائز) تفسير للقولين، والضمير المضاف إليه مثل عائد على نكاح الخيار، ويتبيَّن لك ذلك بكلامه في "الْمُدَوَّنَة[٢]"، ونص " التهذيب": ومن نكح على أن له الخيار، أو للولي، أو للزوجة، أو لجميعهم يومًا أو يومين، لم يجز، وفسخ قبل البناء؛ لأنهما لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا، فإن بنى بها ثبت النِّكاح، وكان لها المسمى.

وكذلك الجواب في من تزوَّج المرأة على أنه إن لم يأت بالصَّداق إلى أجل كذا، وإلا فلا نكاح بينهما، وقد كان مالك يقول فيها: إن النكاح يفسخ بعد البناء؛ لأن فساده في عقده، ثمَّ رجع؛ فقال: أرى أن يثبت بعد البِنَاء؛ فقول المُصَنِّف: (مثلُهُ) هو تشبيه بالمشهور، والذي رجع إليه مالك؛ لأنَّه قد تقدَّم أن المُصَنِّف إذا قدم مشهورًا ثم شبه

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٦.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٨.

فإنما يشبه في المشهور، ويبعد أن يريد بمثله جريان القولين، إذ لا يقال إن القول الأول في المسألة قولان، وإنما يحسن ذلك في الطريقة.

ولمالك في "الْمَوَّازِيَّة " في (إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا، فلا نكاح بيننا): أنه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل، فجعل لها صداق المثل خلاف ما في "الْمُدَوَّنَة[1]".

قال في "البَيَان": والخلاف إنما هو إذا أتى الزوج بالصداق قبل الأجل المشروط، وإن لم يأت الزَّوج بالصَّداق حتى انقضى الأجل أو حتى انقضت أيام الخيار، فلا نكاح بينهما قولا واحدًا.

وقول المُصَنِّف: (وجائز) لا يؤخذ منه، هل يبطل الشرط أم لا؟ وقد حكى في "البَيَان " الأول عن أشهب، وذكر عنه أنه قال: عليه المسمى.

وحكى الثاني - أي: أنه يجوز ويلزمه الشرط - عن سحنون، وقال: ومثله روى أشهب عن مالك.

وقد روى مثله عن ابن القاسم وأشهب، وهو أظهر الأقوال.

وفَهِم اللَّخْمِيّ والأكثر "الْمُدَوَّنَة[2]" على أن النِّكاح منعقد. وحكى ابن عبد السلام عن بعضهم أنه فهمها على أن النكاح منحل، وإنما ينعقد عند إتيان الأجل، وليس بصحيح؛ لأنَّه لو لم ينعقد النِّكاح لم يقل مالك يفسخ؛ لأنَّ فسخ غير المنعقد لا يصح، ولأنَّه لو كان كذلك لم يأت في "الْمُدَوَّنَة" بإثرها بمسألة تأجيل العقد؛ لأنها على هذا هي في المعنى، فإن قيل: قد نص مالك فيمن اشترى سلعة على أنه إن لم يأت بالثَّمن إلى أجل كذا، فلا بيع بينهما على صحة البيع وبطلان الشرط، فلم لا يكون هنا كذلك؟ قيل: لأنَّ الخيار ينافي عقد النِّكاح بخلاف البيع.

فَرْعٌ:

إذا قال في عقد النكاح: إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا فأمرها بيدها؛ فروى ابن القاسم عن مالك في "الْمَوَّازِيَّة " يفسخ قبل البناء ويثبت بعده.

قال في "البَيَان": وإذا ثبت بعده، بطل الشرط، وكان فيه المسمى.

وروى أشهب عن مالك أنَّه جائز، والشرط لازم.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٩.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٢٩.

وقاله ابن القاسم، وسحنون، وأَصْبَغ، وهو قول المدنيين.

قال في "البَيَان": وهو أظهر. ومثله روى أشهب عن مالك، وروى أيضًا مثله ابن القاسم.

(ص): (**وكذلك تأجيل العقد على المشهور مثل أن يتراضى الثلاثة على أنَّها زُوِّجت بعد شهر**)

(ش): قوله: (كذلك) أي: مثل نكاح الخيار في المنع تأجيل العقد على المشهور.

و(الـ) في (الثلاثة) للعهد، والمراد بالثلاثة: الزوج، والزوجة، والولي.

وقلنا للعهد لتقدُّم ذكرهم في نكاح الخيار.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يكون المعهود هنا المعهود الذهني، وذلك لأنه علم أن النِّكاح لا يتم إلا بالثلاثة.

والمشهور مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"؛ ففيها: ومن قال لامرأة: إذا مضى شهر فأنا متزوجك، فرضيت هي ووليها، فهذا النكاح باطل لا يقام عليه، واختلف في فهمها، ففهم الأكثرون أن المنع إنَّما هو لتوقيت الإباحة بزمان دون زمان، فكان كالمتعة، وهو الذي يؤخذ من كلام المُصَنِّف، ونقله صاحب " النُّكت " عن غير واحد من القرويين، وفهمها صاحب "البَيَان" على أنه ليس هناك عقد منبرم، وإنما هو عقد فيه خيار، والبطلان فيه إنما هو من معنى المسألتين اللتين قبله، ويُقَوِّي ذلك ما وقع في أصل "الْمُدَوَّنَة": فأنا أتزوجك.

والعقود إذا وقعت بصيغة المضارع لا يلزم بها حكم، وغايتها أن تكون وعدًا، ولو كان العقد منبرمًا، لقال: قد تزوَّجتُك، وللأول أن يقول: لا فرق هنا بين الماضي والمضارع؛ لأنَّهما واقعان في جواب الشرط، والشرط وجوابه لا يكونان إلا مستقبلين في المعنى.

ابن راشد: ولم أقف على مقابل المشهور.

(ص): (الزَّوج)

(ش): يشترط فيه شروط الصِّحَّة وشروط اللُّزوم، فشرط الصحة أن يكون مسلمًا لامتناع استيلاء الكفار على المسلمين، وأن يكون خاليًا من الموانع التي يأتي بيانها في

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣١.

باب الزوجة كالإحرام والمرض.

وأن يكون مميزًا، فلا ينعقد نكاح المجنون، والصغير غير المميز.

وفي انعقاد نكاح السكران خلاف، ثم هل الخلاف فيمن معه تمييز؟

وأما من لا تمييز معه، فلا يلزمه بالاتفاق والخلاف فيمن لا ميَّز له، وأما من معه ميز فيلزمه طريقان، وألا يكون خنثى مشكلا، فإن كان كذلك فالمنصوص أنه لا يَنْكِح ولا يُنْكح.

ابن راشد: وقيل يطأ السراري.

ابن أخي هشام: فإن مات اشتريت له جارية تغسله، واستحسنه أبو عمران.

وأما شروط اللزوم؛ فالرشد، والبلوغ، والحرية، فإن تزوجوا بغير إذن وليهم فله الرد، وكذلك أيضًا يشترط الطوع.

محمد: وأجمع أصحابنا على إبطال نكاح المكره والمكرهة، ولا يجوز المقام عليه.

وفي قياس بعض مذهب مالك أنه يجوز للمكره إمضاؤه آمنًا مطمئنًا، وفي قياس بعض مذاهبهم أنَّه يجوز بحدثان ذلك وإلا لم يجز، وكذلك أولياء المرأة، وإنما للمكره أن يجبر على هذا القول على المسمى، وإن كان أكثر من صداق المثل؛ لأنَّ بذلك رضيت، فإن لم يكن وطئ - يعني: بإذنها -، وكذلك يكون لولي المرأة إجازة نكاحها على ما رضي به، وإن كان أقل من صداق مثلها.

(ص): **(ويُزوِّج الأب والوصيُّ والحاكم المجنون والصَّغير إن احتاج)**

(ش): يعني: لمن له النظر على الصغير **أن** يزوجه، سواء كان النظر بالأصالة وهو الأب، أو بنيابة وهو الوصي والحاكم.

عياض: ولا خلاف في جواز إنكاح الأب ابنه الصغير والمجنون، وقيد ذلك (كتاب الخلع)، وذلك بما إذا كان فيه غبطة ورغبة كنكاحه المرأة الموسرة.

وفي إجبار الوصي الصغير ثلاثة أقوال: ألحقه بالأب في "الْمُدَوَّنَة[1]"، وكذلك وصي الوصي، وقال في "الْمَوَّازِيَّة": ليس في هذا نظر، ولا يعجبني، وفرق المغيرة، فقال: إن كانت المرأة ذات شرف أو ابنة عم، فله الإجبار وإلا فلا.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٢.

عياض: وإليه يرجع ما في "الْمُدَوَّنَة[١]" و"الْمَوَّازِيَّة " بدليل كلامه في (كتاب الخلع).

خليل: وأجرى بعضهم هذه الثلاثة في الأب.

ابن راشد: ولم أر في الحاكم خلافًا، وينبغي أن يجوز له ذلك بلا خلاف، لأن الحاكم لا يفعل ذلك إلا بعد أن يثبت عنده أن في ذلك مصلحة.

عياض: ولا يزوج الصغير غير الأب والوصي على المشهور من المذهب، إلا ما وقع في "كتاب يحيى بن إسحاق".

ولابن كنانة في أخٍ زوَّج أخًا له صغيرًا يليه، وليس بوصي عليه أنه يمضي ويلزمه، وذكر عن مالك فسخه إلَّا أن يطول بعد الدخول.

وأما المجنون؛ فلمالك في "مختصر ما ليس في المختصر": أعجب إليَّ ألا يُزوَّج المغلوب على عقله، وما رأينا أحدًا زوَّجه.

وقال اللَّخْمِيّ: إن خيف منه الفساد زُوِّج، لأنَّ الحد وإن سقط عنه، فلا يعان على الزِّنا، وإليه أشار بقوله: (إن احتاج).

(ص): (وفي جبرهم السفيه قولان)

(ش): القول بالجبر لابن القاسم في "العُتْبِيَّة " وابن حبيب، وأُخذ من قوله في "الْمُدَوَّنَة[٢]" في النكاح الأول آخر مسألة من يزوج ابنه البالغ أنه لا يلزمه إذا كان الابن قد ملك أمره.

ونص الباجي على أنه المشهور، والقول بعدم الجبر هو منصوص عليه في (كتاب إرخاء الستور)، وهو قول عبد الملك، وصحَّحه صاحب " النكت " وغيره، وهو الصحيح؛ لأنه يلزمه الطلاق، فإذا أجبر على ما لا يجب طلق، ويلزمه نصف الصداق من غير منفعة حصلت له.

(ص): (ومن زوَّج ابنه الصغير فقيرًا، فالصَّداق في مال الأب حيًا وميتًا مُعجَّله ومُؤخَّره، ولا ينتقل إن أيسر، وقيل: إلا أن يتبيَّن أنَّه على الابن)

(ش): لما ذكر تزويج الصغير ذكر على من يكون الصداق، وذكر أن الابن إذا كان فقيرًا أن الصداق على الأب، سواء اشترط على الأب أو على الابن، أو لم يُشترط على

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٢.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٣.

واحد منهما.

وقيل: إن بين أنه على الابن فهو عليه. واكتفى المُصَنِّف بذكر الخلاف مع الاشتراط على الابن؛ لأنه إذا كان المشهور أنه على الأب، ولو اشترط على الابن فلأن يكون على الأب مع عدم الاشتراط، أو اشترط أن يكون عليه من باب أولى.

وما ذكره أنه المشهور هو نص قول ابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة"، وهو ظاهر "الْمُدَوَّنَة[١]"؛ لأنه أطلق فيها كونه أنه على الأب، ووجهه بأنه لا مصلحة للابن في تعمير ذمته بالصداق مع فقره وعدم حاجته في الحال.

والشاذ لابن القاسم، وبه قال أَصْبَغ وابن حبيب.

المتيطي: فهم جماعة "الْمُدَوَّنَة[٢]" عليه، وبه جرى العمل عند الشيوح، أما إن كانا معًا عديمين، فروى أَصْبَغ: لا شيء منه على الأب.

الباجي: والذي يقتضيه المذهب أنه مع الإبهام على الأب؛ لأنه يتولى العقد.

واحترز بقوله: (فقيرًا) من الغني، فإنه فيكون على الابن، سواء اشترطه عليه أو لم يشترطه، إلا أن يشترط أنه على الأب، فيكون عليه على المعروف.

وحكى بعض الموثقين أنَّ الابن إذا كان له مال، وحمل الأب الصداق عنه أن المرأة تخيَّر إن شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه، وكان هذا نحى به من منحى الحوالة إذا كانت على غير أصل دين، فإنها تنقلب حمالة على المعروف.

وتخييره المرأة على هذا مبنيٌّ على أحد قولي مالك أنَّ لرب الدين أن يتبع الضامن أو المضمون عنه كما سيأتي.

وقوله: (الصغير) احترازًا من الكبير، فإنَّه يكون على الابن، يريد: إذا كان رشيدًا، وأما السفيه؛ فكالصغير نص عليه اللَّخْمِيّ وغيره، وما قلناه من أن الصداق على الرشيد هو قول يحيى بن سعيد في "الْمُدَوَّنَة[٣]" على فهم أكثر الشيوخ؛ لأنَّ فيها: قال يحيى بن سعيد: ومن زوج ابنه صغيرًا أو كبيرًا ليس له مال، فالصداق على الأب عاش أو مات.

فتأوله أكثرهم على الكبير السفيه، وكذلك نص عليه في "الواضحة".

وقال ابن يونس: ذلك سواء في السَّفيه والرَّشيد؛ لأنَّ الأب تولَّى العقد، كالوكيل

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٣.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٤.

(٣) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٥.

يشتري سلعة فالثمن عليه، إلا أن يقول: هو ينقدك دوني.

عياض وغيره: وهو ضعيف؛ لأنَّ حكم الوكالة في النكاح مخالف لحكم الوكالة في البيع؛ لأنَّ الوكيل إنما يلزمه دفع الثمن؛ لأنَّه يملك قبض العوض.

فرع:

ولو زوج الأب الرشيد فقال الابن: إنَّما ظننت أن يكون على الأب، وقال الأب: إنما أردت أن يكون على الابن، فقال مالك: يفسخ النكاح ولا شيء على واحد منهما.

محمد: بعد أن يحلفا، ومن نكل منهما كان الصداق عليه.

ابن بشير: وهذا يحتمل أن يكون تفسيرًا لقول مالك، ويحتمل أن يكون خلافًا، ويجري على حكم أيمان التهم؛ لأنَّ الزوجة ووليها لا يحققان الصداق على أحد منهما.

وقال اللَّخْمِيّ: أرى إن نكلا أن يثبت النكاح، ويغرم كل واحد منهما نصف الصداق، وإن لم ينظر في ذلك حتى دخل الابن حلف الأب وبرئ، ثمَّ إن كان صداق مثلها مثل المسمى، أو أكثر غرمه الزوج بغير يمين، وإن كان المسمى أكثر حلف الزوج، وغرم صداق المثل.

فروع:

الأول: لو كان الصغير موسرًا بالبعض دون البعض، فقال الباجي: لم أر فيه نصًّا، وعندي أنه يكون في ماله من المهر قدر ما هو مليء به، ويكون في الزائد حكم من لا مال له.

الثاني: إذا زوج الصغير - ولا مال له - نكاح تفويض، ولم يفرض لها حتى بلغ، فالصداق في مال الأب حيًّا أو ميتًا، قاله عيسى؛ يريد: لأن الصداق كان ثابتًا حين العقد على الأب، وإنما تأخر تعيينه.

الثالث: إذا أذن لولده الفقير فعقده، وكتب الصداق ثم مات الزَّوج، فطلبت الزَّوجة صداقها من الأب، فقالت: إذنك له في العقد كعقدك عليه.

قال ابن راشد: نزلت عندنا بقفصة، فأفتى الشيخ عبد الحميد بن أبي الدنيا بألا شيء على الأب، وهو الظاهر، وقد قالوا في السيد يأذن لعبده أنه لا يكون ضامنًا بمجرد الإذن، انتهى.

الرابع: إذا زوج الصغير ولا مال له، وشرط الأب في عقد نكاحه أن يعطيه دارًا أو

مالا، فقال بعض شيوخنا: الصداق على الابن، لأنَّه صار موسرًا بما أعطاه الأب، قال: وفي المسألة نظر؛ لأنه لم يتقدَّم يسره بهذا المال قبل النكاح.

ابن يونس: والصواب ما قاله الشيخ؛ لأنَّه معلوم أنه لم يتم إلا بيسره فهو كما لو أيسر قبل العقد.

(ص): **(فلو بلغ فطلَّقها قبل البِنَاء رجع إلى الأب النِّصف)**

(ش): يعني: حيث كان الصداق على الأب، فبلغ الابن فطلق المرأة قبل البِنَاء، فإن النصف يرجع إلى الأب؛ لأنَّه لم يلزمه إلا على حكم الصداق.

وقيل: وهذا إنما هو على القول بأن المرأة إنما تستحق بالعقد النصف، وأما على القول بأنَّها تملك الجميع، فالقياس أن يرجع نصف الصداق للزوج، وقوَّى هذا القائل هذا التخريج، باختلاف ابن القاسم وابن الماجشون، إذا خالع الابن قبل البناء على رد جميع الصداق، فقال ابن القاسم في "الواضحة": جميعه للأب.

وقال ابن الماجشون: للأب النصف، وللزوج النصف.

اللَّخْمِيّ: والأوَّل أصوب؛ لأنَّ قصد الأب بحمل الصداق أن يراه ذا زوجة، فإن لم يتم ذلك عاد الصداق.

قال في "المتيطية": وبقول ابن القاسم الحكم.

ابن حبيب: ولو ألفي النِّكاح فاسدًا لرجع الجميع للأب.

(ص): **(ومثلُهُ من زوَّج ابنته وضَمِنَ الصَّدَاق، وذو القَدْرِ يُزوِّج رَجُلا ويَضْمَن الصَّدَاق)**

(ش): يعني: إذا طلق الزوج في هاتين المسألتين قبل الدخول، فإن النصف يرجع إلى المزوج.

(ص): **(ولا يرجع أحد منهم لأنَّها حمل صلة، وليس كحمالة الدَّين، ولا شيء على الزَّوج كما لو قال: بع فَرَسَك منه والثمن عليَّ، أو بعه بالعشرة التي وهبتها له وعليَّ دفعها إليك، ففعل فلا شيء على المبتاع، ولا رجوع للبائع عليه في موت ولا فَلَس)**

(ش): قوله: (منهم) أي: من المزوج ابنه الصغير والمزوج ابنته، في ذي القدر؛ يعني: لا يرجع هؤلاء الثلاثة بما أدوا عن الزوج من نصف الصداق؛ لأنه حمل صلة، وليس كحمالة الدين.

والحمل: عطية لا رجوع فيها لمعطيها، ولا يطلب فيها إلا القربة.

والحمالة هي الضمان، ولا يصح أن يحمل كلام المُصَنِّف: (ولا يرجع أحد منهم)، على معنى لا رجوع لأحد عن حمله؛ لأنَّ قوله: (وليس كحمالة الدين) يرده قوله: (ولا شيء على الزَّوج)، يحتمل أن يريد لا رجوع للخروج في المسائل الثلاثة على الزَّوج بما أدَّى، لكنه يبقى تكرار مع قوله أولا: (ولا يرجع أحد منهم)، ويحتمل أن يكون المعنى ولا شيء على الزوج؛ أي: للزوجة.

ويكون ذكره لدفع توهُّم أن يقال أن الزوجة ترجع على الزوج لكونه لم يدفع لها شيئًا من عنده.

ثم شبه ذلك بقوله: (كما.. إلخ)، ثم إن وقع النص على الحمل أو الحمالة، فلا إشكال.

ابن عبد السلام: وإلا فالأكثر الشيوخ يقولون: إن ما كان في العقد محمول على الحمل، وما كان بعده مختلف فيه، هل على الحمل أو على الحمالة؟

وذكر بعض الموثقين أنه مختلف فيه في العقد، فإن مذهب ابن القاسم أنه محمول على الحمل.

وروى عيسى أنه على الحمالة، وزعم بعضهم أن هذا الخلاف إنما هو في لفظ الضمان، انتهى.

وهذا الأخير هو لصاحب " البيَان"، قال: وإن كان بلفظ الضمان، وإن كان في عقد النكاح أو البيع، فمذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، وابن حبيب، وابن القاسم في "العُتْبِيَّة": أنَّه محمول على الحمل حتى يتبيَّن أنَّه أراد الحمالة، وروي عن ابن القاسم أنَّه على الحمالة حتى يتبين أنه أراد الحمل، ولو ضمن بها الصداق بعد عقد النكاح أو الثمن بعد عقد البيع لحمل على الحمالة حتى ينص أنه أراد الحمل اتفاقًا، انتهى.

وعلل ابن يونس المنسوب " للمدونة " بأن العرف في ضمان الصدقات أنه على الحمل حتى ينص على الحمالة، وذكر أنه لا فرق بين أن تُنازع الزوجة الضامن أو ورثته، ثم إن كان بلفظ الحمل في عقد البيع أو النكاح لَزِمَ، ولم يفتقر إلى حيازة، إلا على ما ذكر ابن العطار من الخلاف في النكاح، وذكر مثله في أصل العقد.

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٥.

واختلف إذا لفظ بذلك بعد عقد البيع أو النِّكاح؛ فعن ابن القاسم ومثله في "الواضحة " أنَّه يلزمه في الحياة، ويسقط عنه بعد الوفاة كالهبة إذا لم تقبض.

وقال ابن الماجشون: ذلك لازم له في الحياة وبعد الوفاة كالحمالة، قال: لأنَّها ثمن لما ترك المحمول له من ذمَّة غريمه من حقه.

اختلف كذلك في لفظ الضَّمان إذا لفظ به في عقد النِّكاح، وأما بعده أو في عقد البيع أو بعده، فهو محمول على الحمالة.

واختلف في الغريم المتحمل عنه على ما هو محمول، فقيل: على الملاء، وقيل: على العدم.

(ص): **(فإن لم يدخل وتعذَّر أخذه، فلها منع نفسها حتى تقبضه)**

(ش): أي: فإن لم يدخل الزوج وتعذَّر أخذ الصَّداق من الحامل، فللمرأة منع نفسها من الدخول حتى تقبض الصَّداق؛ لأنَّها دخلت على إتباع غير الزوج، لا على تسليم سلعتها بغير عوض، وهذا قول مالك وابن القاسم.

وهكذا الحكم في السلعة إذا بقيت بيد البائع حتى فلس الحامل، أو مات ولم يترك وفاءً، نص عليه أحمد بن خالد. وخالفه أبو عمران وقال: ليس للبائع أن يحبس السلعة؛ لأن السلعة المبيعة بثمن إلى أجل لا تكون رهنًا بالثمن المؤجل. هكذا قيل، والأقرب أنَّه ليس بخلاف؛ بل كلام أبي عمران مخصوص بما إذا كان البيع إلى أجل، وكلام أحمد بن خالد بما إذا كان البيع نقدًا، والله أعلم.

وقال اللَّخْمِيّ: إن كان الحمل برضاها لك يكن لها منه نفسها، لأنَّها تحوَّلت بصداقها في ذمة الحامل، فإذا فرعنا على المذهب، ومنعت الزوجة نفسها فدفع الزَّوج الصَّداق رجع به على الحامل.

بعض الموثقين: ولو أن المرأة أباحت نفسها حين أعدم الحامل، ثم مات عن غير مال لم يكن لها قبل زوجها شيء؛ لأنَّها قد بذلت نفسها، ورضيت بإسقاط الطلب عنه.

وكما جعلوا للمرأة منع نفسها حتى تقبضه جعلوا للزوج الخيار بين دفع الصداق والدخول، أو يفارق ولا شيء عليه، ولم يجبروه على دفعه، وإن كان له مال.

فَرْعٌ:

فلو فارق الزوج، ومات الحامل اتبعت المرأة تركته متى يطرأ له مال على قول مالك وابن القاسم.

وعلى قول ابن نافع: لا شيء لها، ويعود ميراثًا. قاله ابن عبد السلام وغيره.

اللَّخْمِيّ: فلو كان صداقها مائة؛ النقد نصفها، والمؤخر نصفها، وخلف الحامل مالا، أخذت المرأة مائة؛ لأن بالموت يحل المؤجل، فإن لم يخلف شيئًا، فللزوج إذا أتى بالمعجل أن يبني بها، وإن خلف خمسين أخذتها، وكان للزَّوج أن يدخل بها إذا دفع خمسة وعشرين؛ لأنَّ الخمسين المأخوذة نصفها للخمسين المؤخرة.

قال: ويختلف إذا حاصصت المرأة الغرماء، ونابها من المائة خمسون، ثُمَّ فارقها الزَّوج، هل ينتقص الحصاص الأول أم لا؟ فمن قال: إن الصداق وجب بالعقد لم ينتزع شيئًا، ومن قال: إنما يجب النصف، قال: عليها أن ترد نصف ما قبضته من المعجل، وهو خمسة وعشرون، ثم تضرب فيها هي والغرماء بما بقي لهم؛ لأنَّه قد تبيَّن لهم أن دينها خمسون فقط، وإن كان جميع الصداق مؤجلا كان للزَّوج أن يبني بها، ولم يكن لها أن تمنع نفسها، كالمشهور فيها إذا حَلَّ ما على الزَّوج، لأنَّها دخلت هنا على أن تسلم، وتتبع ذمَّة أخرى.

(ص): (فإن ضَمِنَ في مرضه فوصية لوارث، فينظر وصية في بقائه وفسخه، فإن صَحَّ لَزِمَه وإن ضمن لابنته فوصيَّة لأجنبيّ على الأصحّ)

(ش): إذا كان الحامل مريضًا، فلا يخلو إما أن يكون أبا الزَّوج، أو أبا الزوجة، أو أجنبيًّا، فإن كان أبا الزَّوج، فلا يجوز حمله باتفاق، قاله في "البَيَان"؛ لأنَّه وارث ولا وصية لوارث، فإن مات الأب من مرضه نظر الابن إن كان كبيرًا، أو وليه إن كان صغيرًا، فإن رأى المصلحة له في النكاح أعطى النقد من ماله، وإلا فارق ولم يلزمه شيء، وإن صحَّ الأب ثبت الحمل عليه، ولو دخل بها الابن في مرض أبيه ردَّت ما أخذته من مال الأب إن أخذت شيئًا وتتبع به الزَّوج، قاله مالك.

محمد: فإن لم يبق بيدها من ذلك ربع دينار، منع منها حتى يدفع ربع دينار.

الباجي: يريد: لأنَّها لمَّا سلمت نفسها، فليس لها الامتناع إلا لحق الشرع.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم في هذا الأصل - أعني: هل يحال بينهما أو لا - قولين، وهذا كلُّه مبنيٌّ على صحَّة النِّكاح.

وفي "الْمُدَوَّنَة[1]" في هذا النِّكاح قولان:

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٦.

الأوَّل: أنَّ النِّكاح جائز.

والثاني: قال: لا يعجبني هذا النِّكاح.

وحمله الأشياخ على أنه يرى فساد النكاح إن وقع، وأنه من الخيار في النكاح، إلا أنَّه خيار أوجبه الحكم، واختار اللَّخْمِيّ وغيره الأول، وعليه فرع ابن القاسم في "الْمُدَوَّنَة[١]" بقوله: فإن صحَّ الأب لَزِمَه.

وأما إن كان الحامل أبا الزَّوجة، ففي "الْمَوَّازِيَّة": النِّكاح صحيح غير مختلف فيه.

واختلف في الصَّداق، فلمالك روايتان:

الأولى: أنَّها وصية للأجنبي، فيجوز من ثلثه. رواها مطرف، وابن الماجشون، وبها قال ابن الماجشون، وابن وهب، وابن القاسم في رواية أبي زيد.

ابن الماجشون: وهذا إذا كان الذي سمى لها وحمله عن زوجها صداق مثلها فأقل.

قال في "البَيَان": وأما إن كان أكثر، فالزائد على المثل وصية لها، لا تجوز باتِّفاق إلا إذا أجازه الورثة، فإن لم يجيزوا ذلك، كان الزَّوج مخيَّرًا بين أن يخرجه من ماله، أو يترك النكاح ولا يلزمه شيء.

وهذه هي التي قال المُصَنِّف أنها الأصح.

والرواية الثانية: أن حمله ذلك لا يجوز؛ لأنَّ ذلك راجع إلى ابنته - رواها ابن القاسم، وبها قال أشهب وأَصْبَغ -.

بعض الموثقين: وهو مذهب "الْمُدَوَّنَة[٢]"، وبه الحكم.

ومن هنا تعلم الحكم فيما إذا كان الزَّوج أجنبيًا، أو قريبًا لا يرث، أو كان زوج البنت وارثًا كابن أخيه؛ وهو: أن يصحَّ في الأجنبي وغير الوارث، وتكون الوصية من الثلث، ويبطل إذا كان زوج البنت وارثًا؛ لأنه كالابن في المسألة السابقة.

فَرْعٌ مرتب:

إذا قلنا بالرواية الأولى ففارق قبل البناء، فقال مالك وابن الماجشون: لها النصف من ثلث أبيها، ولا شيء للزوج من النصف الثاني.

ابن المواز: وهو الصواب.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٧.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٧.

بعض الموثقين: وبه الحكم، وقال ابن دينار: لا شيء لها من تركة الأب؛ لأنه إنَّما أعطى على أن تدخل بزوجها، فلمَّا طلقها حكمنا في ذلك بحكم الوصية للوارث.

وناقض ابن المواز قول أشهب هنا بأنَّها وصيَّة للبنت بقوله فيمن أقرَّ في مرضه أنه قبض صداق بنته، ولم يدخل بها زوجها، ثمَّ مات الأب، فإنه إن ترك مالا أخذ من ماله.

محمد: فلو كانت الأولى عطيَّة، لكانت مسألة الإقرار مثلها؛ لأنَّه إنَّما يخرج من ماله في المسألتين معًا.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يفرق بينهما بأن مسألة الضَّمان بُني الأمر فيها على المعروف، وظاهر الأمر فيها: أنَّ الأب لو لم يضمن لما تزوَّج الزَّوج ابنته؛ فالمنفعة عائدة فيها للبنت بخلاف الأخرى.

(ص): (**ولو تزوَّج الصَّغير بنفسه وهو يقدر على الجِمَاع، ففيها: إن أجازه الولي مضى كبيعه، وأنكره سحنون، وقال: ليس كالبيع، فإن ردَّه فلا مهر ولا عدة، وإن وطئ**)

(**ش**): يعني: وإن عقد الصَّبي **على** نفسه بغير إذن وليه، وقوله: (**وهو يقدر على** الجِمَاع) كذا ذكره في "الْمُدَوَّنَة[1]" في فرض المسألة، ثُمَّ أجاب بأنَّه يجوز إن أجازه الولي قياسًا **على** بيعه وشرائه، وأن للولي إمضاؤه، ورأى سحنون أنَّه ليس كالبيع، وأنه لا بد من فسخه؛ لأنَّ الصَّبي لا منفعة له في النِّكَاح في الحال بخلاف البيع.

وفيه نظر؛ لأنَّ ابن القاسم لا يسلم عدم المنفعة بالنِّكَاح في الحال، ألا ترى أن للأب والوصي أن يجبراه على النِّكَاح، وكان المُصَنِّف نسبها " للمدوَّنة"؛ لأنَّه لما ذكر قوله: (وهو يَقْدِر على الجِمَاع) في السؤال كان ظاهره اشتراط ذلك، ولا يظهر له كبير فائدة، والأظهر أنه ذكره تنبيهًا بالأشد؛ لأنَّه إذا لم يلزمه مهر مع كونه يقوى على الجِمَاع، فأحرى إذا لم يقوِ عليه.

قوله: (فلا مهر) لأنَّه سلطته وأولياؤها.

(ولا عدَّة) لأنَّ وطئه كالعدم.

ابن الموَّاز: إذا لم يرد نكاح الصَّبي حتى كبر، وخرج عن الولاية جاز النكاح.

ابن راشد: وينبغي أن ينتقل النظر في ذلك إليه، فيمضي أو يرد.

وهذه المسألة يدخلها الخيار الحكمي، فانظر هل يجري فيها ما تقدَّم؟

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٨.

(ص): (ولو شرط عليه شروطًا من طلاق أو عتق أو نحوه، فبلغ فكرهها، ففي خياره في الفسخ أو لُزومه قولان، كما لو زوَّجه وليُّه)

(ش): يعني: إذا تزوَّج الصَّغير لنفسه، فشرط عليه ولي المرأة شروطًا من طلاق من يتزوَّجها، أو عتق من يتسرَّى بها أو نحو ذلك، فأجاز ذلك وليه على تلك الشروط ثم بلغ، فإن أقر الشروط فواضح، وإن كرهها فهل يلزمه أو لا قولان.

والقولان أيضًا فيما إذا زوجه أبوه أو وصيه بتلك الشروط، وهو معنى قوله: **(كما لو زوَّجه وليُّه)**.

والقول باللُّزوم لابن وهب في "العُتْبِيَّة"، وبعدمه لابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة"، وعلى عدم اللُّزوم، فهل تسقط عنه مطلقًا؟

وهو قول ابن العطار أو يخير في التزامها، فيثبت النِّكاح، أو عدم التزامها فيفسخ النكاح؟ وهو قول ابن القاسم، وإذا انفسخ فهل بطلاق - الباجي: وهو ظاهر قول ابن القاسم -، أو بغير طلاق - وهو ظاهر قول أَصْبَغ -؟

وعلى الطلاق فهل عليه نصف الصداق - وهو قول ابن القاسم في الكتاب -، أو لا - وهو قوله في المجالس -؟

بعض الموثقين: وعلى الأول العمل، وقال بعضهم: العمل على الثاني.

ثمَّ الفسخ بطلاق أو غيره إنَّما هو إذا تمسكت المرأة بشرطها، وأما إن رضيت بإسقاطه، فلا كلام لأبيها، ولو كانت محجورًا عليها.

ورأى ابن العطار أنَّ ذلك في الحجر للأب، واختار الأول ابن الفخار، واحتجَّ بقول مالك في البكر يشترط لها زوجها ألا يخرجها إلا برضاها، فرضيت بترك شرطها أن ذلك جائز، ولو كره الأب. ولو فارق قبل علمه بالشُّروط، فقال محمد: يلزمه نصف الصداق.

يريد: لأنه لم يفارق لأجل الشروط، وروي عن ابن القاسم: لا شيء عليه.

وقد اختلف في هذا الأصل؛ وهو: من طلق ثُمَّ علم بعيب، هل يرجع بالصَّداق أم لا؟

وإذا اختلفنا فقال الزَّوج للمرأة: عقدت بشروط، وأنا صغير.

وقالت الزوجة أو الولي: عقدت وأنت كبير.

فقال ابن القاسم في "العُتْبِيَّة": على الزوج البيِّنة، وإلا حلف الولي. ووجهه أن

النِّكاح متَّفق على انعقاده، فمن ادَّعى ما يوجب حله فهو مدع.

وهذا كله إذا لم يحصل الدخول، فإن دخل فإما أن يكون قبل البلوغ أو بعده، فإن دخل بعد بلوغه، لزمته الشروط إن علم بها.

ابن القاسم: ولو ادَّعى أنه لم يعلم بها، فالقول قوله مع يمينه.

وقال ابن العَطَّار: لا يقبل قوله في ذلك، وتلزمه بدخوله.

وأمَّا إن دخل قبل البلوغ، فذكر المتيطي وغيره أن الشُّروط تسقط عنه، وإن علم بها؛ لأنَّ المرأة مكَّنت من نفسها من لا تلزمه الشُّروط.

وقال ابن بشير: لو دخل الصَّبِيّ، وقد بلغ وهو عالم بالشُّروط، فهل تلزمه أو لا؟

قولان: أحدهما: لا تلزمه، وهذا على القول بسقوط الشروط.

والثاني: تلزمه، وهذا على القول بأنَّه مخيَّر.

فإذا دخل مع العلم، فهو التزام لما شرط عليه، وإن دخل قبل العلم، فثلاثة أقوال:

أحدها: تلزمه، وهذا بناء على أن الشرط لازم.

الثاني: لا تلزمه، وهذا بناء على سقوط الشرط.

والثالث: يخير الآن، وهذا بناء على التخيير.

(ص): (ولو تزوَّج السفيه فللوليّ فسخُهُ ويسقط الصَّداق، فإن أصابها فثلاثة: رُبُع دينار، واعتبار حالها، والسُّقوط)

(ش): يعني: بغير إذن وليه، فللولي فسخه وإمضاؤه.

وفهم من كلام المُصَنِّف أنَّ للولي إمضاؤه من قوله: (فللوليَّ فسخه)؛ لأنَّه إذا كان له فسخه فله إمضاؤه؛ فإن قيل: فَلِمَ لم يقل (للولي إمضاؤه)؟

قيل: لأنَّ ما ذكره من سقوط الصَّداق إنَّما ينبني على الفسخ، وهو معنى قوله: (فيسقط الصَّداق) أي: بالفسخ قبل البناء.

واختلف إذا دخل بها، وهو مراده بقوله: (فإن أصابها) على ثلاثة أقوال.

والقول بربع دينار لمالك وأكثر أصحابه، وبه أخذ ابن القاسم.

ابن ويونس وغيره: وهو الجاري على مذهب "الْمُدَوَّنَة[1]"، كالعبد يتزوَّج ويبني بغير إذن سيده، والقول بالسُّقوط لابن الماجشون.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٩.

ابن حبيب: وهو القياس. وقول مالك استحسان.

والقول باعتبار حالها وقع في المذهب عبارات، ذهب ابن بشير والمؤلف إلى أنَّها راجعة إليه، وذهب الباجي، واللَّخْمِيّ، وابن يونس، وغيرهم إلى حملها على الخلاف.

قال مالك: يترك لها مثل ما يستحل به مثلها. ولم يحده.

وقال مالك أيضًا، وابن القاسم في الدنيَّة: يترك لها ربع دينار، ولذات القدر أكثر من ذلك.

وقال ابن القاسم في المدنية: يترك لها من المائة ثلاثة دنانير أو أربعة.

وقال ابن نافع: عشرة، وقيل: تعاض بما هو دون صداقها، ولا يبلغ صداقها تامًا.

ابن المواز والقاضي إسماعيل: فإن لم يعلم الولي بنكاحه حتى خرج من الولاية، فإنه يثبت النكاح.

وقال بعض القرويين: ينتقل إليه ما كان بيد الوصي من النظر فيمضيه إن رآه صوابًا.

(ص): (**وإن لم يُعلم حتَّى ماتت فإن أجازه ثبت الميراث والصَّداق، وإلا فلا. وعن ابن القاسم: يتوارثان ويَثْبُت الصداق لفوات النظر، وعنه خلافه**)

(ش): الضمير في (ماتت) عائد على الزَّوجة؛ أي: إذا لم يعلم الولي بنكاح السفيه حتى ماتت الزَّوجة، فإن وليه ينظر في ذلك، فإن رأى الأصلح له إجازة النِّكاح، بإن كان ميراثه أكثر من الصَّداق أجازه، ودفع الصداق وأخذ الميراث.

وهذا لابن القاسم، ونصه في "العُتْبِيَّة": أَصْبَغ: سئل ابن القاسم عن السفيه ينكح بغير إذن وليه، ثم ماتا أيتوارثان؟

فقال: إن مات هو: فلا ترثه، وإن ماتت هي، فالنظر إلى وليه، إن رأى أن يثبت النِّكاح، ويأخذ له الميراث أخذه، وإن رأى أن يرده رده. وقاله سحنون، وذكره الباجي عن ابن القاسم في "الْمَوَّازِيَّة"، وعن ابن الماجشون، ومطرف، وابن حبيب، وابن يونس.

وذكر أَصْبَغ عن ابن القاسم أنهما يتوارثان، ويمضي الصداق؛ لأنَّ النَّظر للسفيه قد فات بالموت، وذكر ابن المواز عنه خلاف هذا.

وهو معنى قوله: (وعنه خلافه) يعني: كالقول الأول من كلام المُصَنِّف.

وبهذا تعلم بأن قول ابن عبد السلام: الضمير في (عنه) عائد على أَصْبَغ؛ ليس

بظاهر؛ لأنَّ أَصْبَغ لم يتقدَّم له ذكر.

قوله: (يتوارثان) أي: سواء ماتت الزوجة أو الزوج؛ لأنَّ الموارثة إنما تتم من الجانبين.

ويقع في بعض النسخ (مات) على التذكير، فيحتمل أن يعود على الزوج، ويحتمل أن يعود على أحد الزوجين، وعوده على الزوج ليس بجيد؛ لأنه إذا مات كان النظر في حقه عدم إجازة نكاحه؛ لأن إجازته توجب في ماله الصداق والميراث من غير فائدة له ولا لورثته.

ابن عبد السلام: وأيضًا فالمشهور: لا شيء لها.

وأشار بالمشهور إلى قول ابن القاسم في "العُتْبِيَّة " الذي قدمناه، ومقابل المشهور هو القول بتوارثهما، وعوده على أحدهما يلزم منه ما لَزِمَ في الأوَّل، وعلى هذا يكون فيما إذا مات أو ماتت، قولان.

أما إذا ماتت، فكما قال ابن عبد السلام أن المشهور لا شيء لها. وأما إذا ماتت، فقيل: ينظر وليه، وقيل: يرثها.

الباجي: وقيل: معنى قوله: (لفوات النَّظر) أن النظر في ماله إنَّما هو لحقه، وذلك يختص بحال حياته، ولذلك جازت وصيته، ولم تجز هبته.

وروى ابن المواز عن أَصْبَغ: ترثه، وينظر الولي فإن رآه مما كان صلاحًا يجيزه، فلها الصداق، وإلا فلها الميراث دون الصداق، وإن بنى بها فلها ربع دينار.

فرأى أَصْبَغ أن النَّظر إنَّما يتعلَّق بالصَّداق خاصة، وأما الميراث؛ فحكم من أحكام النِّكاح، والنِّكاح قد تَمَّ بينهما بالموت، وفات النَّظر فيه، وحصل في "البَيَان " في هذه المسألة ثمانية أقوال:

الأوَّل: ما ذكره أولا عن " العُتْبِيَّة".

والثاني: أنَّهما يتوارثان ويمضي الصَّداق على القول بأنَّ النِّكاح محمول على الإجازة حتى يرد، وأن النَّظر في النِّكاح يرتفع بموت من مات منهما. حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم.

والثالث: أنهما لا يتوارثان، ويبطل الصداق إلا أن يكون أصابها، فيكون لها منه قدر ما يستحل به الفرج، على القول بأن النِّكاح محمول على الرد حتى يجاز، وأن النَّظر فيه يرتفع بموت من مات منهما.

والرابع: الميراث بينهما ثابت مراعاة للخلاف، ويبطل الصداق إلا أن يكون قد دخل بها، فيكون لها منه قدر ما يستحل به الفَرْج على القول بأن النِّكاح محمول على الرَّد حتى يجاز، وأن النظر فيه يرتفع بموت من مات منهما. وهو قول ابن القاسم.

والخامس: أن الميراث بينهما مراعاة للخلاف، وينظر في النِّكاح، فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي يوم وقع أجازه كان لها الصداق، ثمَّ إن كان غير ذلك بطل الصَّداق، إلا أن يكون دخل بها، فيكون لها قدر ما يُستحل به الفرج، وهو قول أَصْبَغ في الخمسة.

والسادس: أن الميراث بينهما مراعاة للخلاف، ويبطل الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النِّكاح إن كانت الزَّوجة هي الميتة، فإن كان غبطة كان لها الصداق، وإن لم يكن نكاح غبطة بطل الصداق، إلا أن يكون الزَّوج قد دخل بها، فيكون لها قدر ما يستحلُّ به الفرج.

وهذا القول يتخرَّج على القول بأن النِّكاح على الرد حتى يجاز، وأن النظر في النِّكاح يرتفع بموت الزَّوج لا بموت الزوجة.

والسابع: أن الميراث بينهما ثابت مراعاة للخلاف، ويثبت الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة على ما ذكرنا في القول الذي قبل هذا، وهذا يتخرَّج على القول بأنَّه على الجواز حتى يرد، وأن النَّظر في النِّكاح يرتفع بموت الزوج لا بموت الزوجة.

والثامن: أنه ينظر في النكاح، فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي أجازه كان الميراث بينهما، ووجب لها الصداق، وإن كان على غير ذلك لم يكن بينهما ميراث ولا صداق، إلا أن يكون دخل بها قدر، فيكون لها قدر ما يُستحل به الفرج.

(ص): (فلو تزوَّج العبد والمُكاتب وشبههما بغير إذن السَّيِّد، فله ولورثته فَسْخُهُ بطلقة بائنة، وقيل: وبالبَتَّات طلقتين)

(ش): فهم من قوله: (فله... فسخه) أن له إمضاءه، وهو المشهور.

وقال أبو الفرج: القياس: الفسخ؛ لأنَّه نكاح فيه خيار. وهما على الخلاف في الخيار الحكمي، هل هو كالشرطي أم لا؟

الباجي: وقول أبي الفرج عندي هو الصحيح. وانظر هل يتخرَّج هذا القول في السفيه؟ وعلى المشهور فالفسخ بطلاق لصحَّتِه، وعلى قول أبي الفرج بغير طلاق،

قاله اللَّخْمِيّ.

وشبه العبد، والمُكاتب، والمدبر، والمعتق بعضه، والمعتق إلى أجل.

اللَّخْمِيّ: وعلى الطلاق، فحمله عند مالك إن لم ينو عددًا على واحدة.

واختلف قوله: إذا طلقها طلقتين.

فقال مرة: ذلك له، وقال مرة: لا يلزمه إلا واحدة؛ لأن الواحدة تُبينها وتفرّغ له عبده، وهو أحسن؛ لأن الواحدة تزيل ضرر السيد.

واستحسن أن تكون له الرجعة إن عتق في العدة، انتهى.

وذكر ابن يونس أن أكثر الرواة رووا لزوم واحدة فقط، قال غيره: وهو اختيار الجمهور.

ولهذا قدمه المُصَنِّف، ودلَّت الواو من قوله: (وقيل: وبالبتات) على أن هذا القائل لا يحصره في الاثنتين، وهو كذلك.

(ص): **(وإن أجازه بعد أن امتنع ولم يرد الفسخ، جاز إن كان قريبًا)**

(ش): نحوه في "الْمُدَوَّنَة[1]"، ففيها: وإن كلم السيد في إجازته، فامتنع أن يجيب ثمَّ أجاز، فإن أراد بأول قوله فسخًا، تم الفسخ، وإن أراد أنه لم يرض، ثم أجاز، فذلك جائز إن كان قريبًا.

وهذا الكلام، وإن ذكر في "الْمُدَوَّنَة[2]" في العبد، فالمكاتب ونحوه كذلك، وأسقط المُصَنِّف قوله: كلم في إجازته؛ لأنَّه وصف طردي. واشترط القرب لأنَّ عدم الرضا واستدامة ذلك حتى يطول قرينة في الفسخ.

ابن القاسم: ويصدق بإنه لم يرد الطَّلاق في المجلس، ما لم يتهم. قال بعضهم: يريد: ما لم يطل.

ابن المواز: وإن شك السيد على أي وجه خرج منه، فهو فراق واقع.

زاد ابن محرز بعد قوله فراق بالبتات، وهو احتياط، كمن تيقَّن بالطَّلاق وشك في العدد.

ابن المواز: وإن قال: لا أجيزه اليوم، أو لا أجيزه حتى أنظر، فهو غير عازم على الطلاق.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٣٩.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٤٠.

وأمَّا إذا قال: لا أجيزه؛ فذكر مثل قول ابن القاسم، وزاد: إلا أن يفترقوا على قوله: لا أجيزه؛ فيكون فراقًا ما لم يبين، فيقول: اليوم أو حتى أنظر؛ فيكون ذلك وإن افترقوا، إلا أن يستمتع العبد بزوجته بعد علم السيد بنكاحه، وكان السيد يقدر على منعه، فلا يكون له الفسخ بعد ذلك؛ لأنه قد تمتع بإذن سيده، أو ما يقوم مقام إذنه من التمكين.

وخالف المغيرة ابن القاسم، فجعل امتناع السيد فسخًا، ورأى ابن القاسم أن الامتناع من الإجازة أعم من إرادة الفسخ إلا بعد الطول.

(ص): (**فإن بنى بها ترك لها ربع دينار**)

(ش): أي: فإن دخل العبد والمُكاتب ثمَّ علم السيد ففسخه، فلها ربع دينار، وهذا مذهب "الْمُدَوَّنَة[(١)]".

وقال ابن الماجشون: لا يترك لها شيئًا، وقد تقدَّم نكاح السفيه بغير إذن وليه.

ابن عبد السلام: والفقه فيهما قريب.

(ص): (**وتتَّبعه بالباقي إن أُعتق، إلا أن يُسقِطَه السيد أو السلطان قبل عتقه؛ كالدَّين بغير إذنه**)

(ش): أي: وتتبع الزوجة العبد بما بقي لها من الصَّداق إذا عتق.

قال في "الْمُدَوَّنَة[(٢)]": وكذلك إذا أدى المكاتب، وهذا بخلاف السَّفيه؛ فإنَّه لا يتبع بالباقي إذا فكَّ الحجر عنه.

قال في "الجلاب": لأن العبد إنما حجر عليه من أجل سيده، فإذا أعتقه سيده سقط حقه، وزال حجره، والسفيه حجر عليه من أجل نفسه، فإذا فك حجره لم يتبع بشيء مما استدانه في حال حجره؛ لأنه لو ثبت ذلك عليه لم ينفع الحجر شيئًا.

واختلف الشيوخ هنا هل يتبع العبد والمُكاتب بعد العتق، سواء غرَّا أو لا؟

وقال أبو عمران: إنما يتبعان إذا غرَّاها، وأما إن أخبرها كل واحد بحاله، فقال لها العبد: أنا عبد.

وقال لها المكاتب: أنا مكاتب؛ فلا يتبعان.

وعليه اقتصر المتيطي، وعليه اختصر "الْمُدَوَّنَة[(٣)]" ابن أبي زمنين، وابن أبي

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٤١.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٤١.

(٣) المدونة الكبرى ٢ / ١٤٢.

زيد، والبرادعي.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن، وصاحب " النكت"، وغيرهما: يتبع العبد مطلقًا، سواء غرّ أو لم يغرّ، إلا أن يسقط ذلك السيد من ذمته، وأما المكاتب؛ فإن لم يغرها اتبع إلا أن يسقطه عنه، وإن أدى فهو عليه، وليس للسيد أن يسقطه.

وقال ابن الكاتب: إن لم يغر يحتمل ألا يسقط عنه إلا بإسقاط السيد، وأما إن غر، فلا يختلف أن ذلك عليه ولا يسقط.

وقوله: (إلا أن يُسقطه السيد) إنَّما كان للسيد الإسقاط؛ لأنَّ بقاء الدين في ذمَّة العبد عيب، فكان للسيد إسقاطه.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم أنَّه إذا غرها العبد، هل يصح إسقاط السيد أم لا؟

قوله: (أو السُّلطان) نحوه في "الْمُدَوَّنَة[1]"، ولعل معناه: أنَّ السَّيد طلب من السلطان أن يسقطه عن العبد.

وفهم أبو الحسن "الْمُدَوَّنَة[2]" على أن معناها: في الغائب؛ لأنَّ السلطان يذب عن مال الغائب.

(ص): **(فلو عُتق أو باعه قبل عِلْمِه مضى، فإن رُدَّه به فله الفسخ)**

(ش): يعني: فإن أعتق السيد عبده المتزوج بغير إذنه قبل علمه بالتَّزويج مضى النِّكاح، ولأنَّ حق السيد قد زال.

وأما إذا باعه، فقال المُصَنِّف **(مضى)** أي: لا فسخ له حينئذ؛ لأنَّه قد صار في ملك غيره، ويقال للمشتري: إن كنت علمت بالتزويج، فهو عيب دخلت عليه، وإلا فلك الرد.

فإن تمسك فواضح، وإن أراد كان للبائع الفسخ، وهو معنى قوله: **(فإن رُدَّه به فله الفسخ)** أي: فإن رد العبد بعيب التزويج، فللبائع الفسخ، وفي بعض النسخ: فإن ردَّه فله الفسخ؛ أي: فإن رد المشتري العبد بسبب عيب التزويج، فللبائع فسخ النِّكاح، فالضمير في (فله) عائد على البائع، والهاء في (رُدَّه) عائد على العبد، وضمير الفاعل المستتر في (رُدَّه) عائد على المشتري.

وفي بعض النُّسخ: (فسخه)؛ أي: فسخ النكاح.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٤٣.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٤٣.

وفي كلام ابن عبد السلام نظر.

وخرج ابن محرز قولا بعدم بطلان حق البائع من الفسخ إذا باعه قبل علمه بالنِّكاح على القول بأن من باع شقصًا وجبت له به الشفعة قبل علمه ببيع الشريك أن حقه في الشفعة باق.

ورده ابن بشير بأن الشفعة حق مختلف في سببه، فهل هو رفع الضَّرر عن الشريك؟ أو هو محض تعبد؟ فلعل القائل لم يتَّحد؛ لاحتمال أن يكون القائل ببقاء حق الشريك في الشفعة بعد بيعه يرى ذلك تعبدًا.

ومسألة العبد معلَّلة بالضرر، فلا يمكن قياسها على التَّعبد.

ورده ابن عبد السلام بأن القائلين بعدم سقوط الأخذ بالشفعة إذا باع نصيبه اختلفوا، هل يشترط عدم علمه ببيع شريكه إلى حين بيعه هو نصيبه أو لا يشترط ذلك؟

قال: فمن يشترط عدم العلم، فهو كالنص منه على تعليل الشُّفعة بالضَّرر، ويلزم منه صِحَّة التَّخريج المذكور.

وقوله: (قبل علمه) مفهومه: أنه لو باعه بعد علمه، لكان دليلا على الرضا، فليس له الفسخ إذا ردَّ عليه، وهكذا قال القرويون.

وذكر بعض الأندلسيين قولا: أن ذلك لا يسقط حق البائع في النِّكاح، ولا إشكال أن المشتري لا حق له في فسخ النكاح، نص عليه ابن الجلاب وغيره.

وقال بعضهم: يدخل في ذلك الخلاف من الخلاف فيمن أحدث عليه في ملكه ضرر فباعه بعد علمه بالضرر، هل يكون للمشتري قيامًا على محدثه؟

فقيل: ينتقل للمشتري ما كان للبائع.

وقيل: لا ينتقل؛ لأنَّ بيعه بعد علمه رضا.

وقيل: إن كان بيعه بعد أن خاصم فإن للمشتري القيام؛ لأنَّ خصومته تدل على عدم رضاه به، وإن لم يخاصم فلا قيام للمشتري، ولو رضي المشتري بعيب النِّكاح، ثُمَّ اطَّلع على عيب قديم، فله أن يرد بما اطَّلع عليه، وهل يرد أرش عيب النِّكاح؛ لأنه بإقراره يثبت فيصير كأنه فعله؟ أو ليس عليه ذلك؟

وليس الإقرار كالابتداء، حكى ابن بشير عن المتأخرين في ذلك قولين.

وخرجها أبو بكر بن عبد الرحمن على الخلاف في الرد بالعيب، هل هو فسخ له من أصله أم لا؟

وكذلك اختلف المتأخرون لو لم يعلم المشتري حتى أعتق، هل له قيمة العيب على البائع كسائر العيوب إذا اطلع عليها بعد العتق؟ أو لا يرجع بشيء إذا فوت على السيد الأوَّل رد النِّكاح؟

(ص): **(وللعبد المأذون والمُكاتب التَّسَرِّي في مالهما بغير إذن السَّيِّد)**

(ش): أي: المأذون له في التجارة.

وقوله: (في مالهما) احتراز من مال السيد، فإنَّه لا يتسرَّى فيه؛ لأنَّه حينئذٍ كالوكيل، قاله مالك في "المختصر".

وما حكاه المُصَنِّف أن للعبد المأذون التَّسَرِّي، وإن لم يأذن له سيده هو المشهور، وحكى أبو الحسن قولا بأنه ليس له ذلك إلا بإذن السيد.

(ص): **(والمهر والنَّفَقَة على العبد في ماله ممَّا ليس بخراجه ولا كسبه، ولا يكون السيد ضامنًا للمهر بمجرد الإذن)**

(ش): يعني: ونفقة الزوجة ومهرها يحسبان على العبد مما يوهب له أو يوصى له به لا من خراجه، ولا مما أبقاه سيده بيده. قاله علماؤنا، وهذا ما لم تجر عادة بخلافه، فإن جرت عادة بالنفقة من الخراج، أنفق عليها منه، فقوله: (على العبد) يتعلَّق بمحذوف كما قدرنا؛ لأنَّه خبر، والخبر يجب تعلقه بمحذوف.

قال في "الْمُدَوَّنَة[1]": ونفقة زوجة العبد في ماله إن كان له مال ولا نفقة لها من كسبه وعمله، وذلك إلى سيده، فإن لم يجد غيره فرق بينهما، إلا أن يتطوَّع السيد بالنفقة، ولا يباع العبد في نفقة زوجته.

ولا فرق بين عبد الخراج وغيره، ولو فضل بعد الخراج شيء؛ لأنَّ الفاضل نال لسيده، إلا أن يأذن في ذلك السيد أو تكون العادة النفقة منه.

وقال محمد: إن عجز عن النفقة، وعليه خراج لسيده، فلا شيء لها حتى يبدأ بخراج سيده، فجعل الإنفاق من فاضل الخراج، فيحتمل أن يكون ذلك خلافًا، ويحتمل أن يكون ذلك عادتهم. قاله اللَّخْمِيّ وغيره.

وقوله: (ولا يكون السيد ضامنًا... إلخ) أي: في التزويج؛ لأنَّ العبد هو المتولي للشراء، فيكون الثَّمن عليه.

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٤٤.

اللَّخْمِيّ: والمدبر، والمعتق إلى أجل كالعبد، والمكاتب كالحر؛ لأنَّه بان عن سيده بماله، فإن عجز طلق عليه، والمعتق بعضه في اليوم الذي يخصُّه كالحر، وفي اليوم الذي يخص سيده بمنزلة العبد.

(ص): **(ومن زوَّج ابنه البالغ أو أجنبيًّا حاضرًا أو غائبًا، فقال: ما أمرته. حلف وسقط الصَّداق عنهما. فإن نكل فقيل: يلزمُهُ النِّكاح. وقيل: لا يلزمه شيء. وقيل: تُطلق عليه ويلزمه نصف الصَّدَاق)**

(ش): يعني: أن الأب إذا زوَّج ابنه المالك لأمره، أو أجنبيًّا، سواءً كانا حاضرين أو غائبين، ثم أنكرا بعد علمهما، وقالا: ما أمرناه، ولا نرضى الآن بالتَّزويج، فقال المُصَنِّف: (حلف) أي: الابن أو الأجنبي ما أمرناه.

(وسقط الصَّداق عنهما) أي: عن الأب والأجنبي، وكذلك نص في "الْمُدَوَّنَة[1]" على اليمين في حق الحاضر، وحملها ابن يونس على إطلاقها، وأنه إن نكل الحاضر يلزمه النِّكاح، فإن شاء طلق وأدَّى الصداق، وإن شاء ثبت عليه.

واستدلَّ على ذلك بما وقع لابن القاسم في "العُتْبِيَّة": إذا زوج الولي وليته، فأنكرت المرأة أن تكون رضيت، فقال: إن كان الإشهاد في المسجد حيث يرى أنها لم تعلم فلا يمين عليها، وإن كان الإشهاد ظاهرًا أو إطعام الوليمة في دارها، وحيث يرى أنَّها عالمة، فأرى أن تحلف بالله ما وكَّلته ولا فَوَّضت إليه ذلك، ولا ظننت أن ذلك اللعب وذلك الإطعام الذي صنع إلا لغيري، ثم لا شيء عليها، فإن نكلت عن اليمين لَزِمَها النِّكاح.

ابن يونس: وكذلك مسألة الابن، وقيدها صاحب " النكت " واللَّخْمِيّ بما إذا سكت بعد عقد النكاح، قالا: ولو قال عند عقد النكاح: لم أرض. لم تكن عليه يمين، قالا: ولو طال سكوته بعد عقد النكاح.

زاد اللَّخْمِيّ: وقبل التهنئة على جري العادة، لَزِمَه النكاح.

اللَّخْمِيّ: ويغرم نصف الصَّداق، ولا يمكن منها لإقراره أنها غير زوجته.

صاحب " النكت": وعرضته على بعض شيوخنا فصوبه.

خليل: وينبغي على هذا أن الغائب إن أنكر بمجرد حضوره أن تسقط عنه اليمين،

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٤٥.

وإن علم وطال لا يقبل منه الإنكار، والله أعلم؛ لأنَّه بعد حضوره كالحاضر.

وأنكر سحنون تعلق اليمين بالزوج، ورآها ساقطة عنه، وقوله: (فإن نكل فقيل: يلزمه النكاح) هو كما قال ابن يونس، وحكاه صاحب " اللباب " عن ابن القاسم، وقيل: لا يلزمه شيء. وهو قول أبي محمد، وعليه فاليمين إنَّما هي استظهار، لعلَّه أن يقر، وصوَّبه أبو عمران؛ لأنه أقرَّ أنه ليس بعقد، وقيل: تطلق عليه، ويلزمه الصَّداق.

ابن راشد: وجعل هذا القائل نكوله طلاقًا، وهذا القول حكاه ابن سعدون عن بعض شيوخه، وحكي في "المتيطية " عن ابن القاسم أنَّه إنَّما تلزمه اليمين إذا ادَّعى أبو الصبية أن مخبرًا أخبره أن الابن أمر أباه أن يزوجه، فإذا حلف برئ، وإذا نكل حلف الأب، ولَزِمَه النِّكاح.

ابن عبد السلام: وقيل: إن لم يكن إلا مجرد الدَّعوى لم تتوجه اليمين، فإن كان ثم سبب تقوى معه الدعوى توجهت.

تنبيه:

قولنا في فرض المسألة: (ابنه المالك لأمره) هكذا فرض في "الْمُدَوَّنَة[1]" المسألة، وأقاموا منه أنه لو كان سفيهًا لَزِمَه النكاح، فيؤخذ منه جبر السفيه على النكاح.

واعلم أنه زاد في "الْمُدَوَّنَة[2]" بعد قول الزَّوج: ما أمرته ولا أرضى، ثم قال: صدق مع يمينه.

وظاهره: أنه يحلف على نفي الأمر والرضا والحلف على نفي الأمر يمين تحقيق، وعلى نفي الرضا يمين تهمة، ولا شك أن الابن إذا رضي يدخله الخلاف الذي في النِّكاح الموقوف، وينبغي أن تقيد المسألة بما إذا لم يقل الأب أن الابن وكلني أن أعقد، والابن حاضر في المجلس، وإلا فإن قال ذلك وأنكر الابن، فإنكاره كالعزل عن الوكالة.

بعض الشيوخ: ويحتمل أن يقال: تلزمه اليمين على الوكالة، وأما إذا افترقا والحالة هذه، لَزِمَه النِّكاح، وهو ظاهر.

(ص): (**والكفاءة حق لها وللأولياء، فإذا تركوها جاز إلا الإسلام...**[3])

---

(١) المدونة الكبرى ٢ / ١٤٥.

(٢) المدونة الكبرى ٢ / ١٤٦.

(٣) انظر: جامع الأمهات: ١/٢٦١.

(ش): يعني: أن الكفاءة مركبة من قيود كما سيأتي، منها ما هو حق لله، فلا يجوز تركه، ومنها ما هو حق للمرأة ولأوليائها، فإذا تركوها جاز.

فقوله: (إلا الإسلام) مستثنى من قوله: (حق لها وللأولياء).

ابن هارون: إلا الإسلام، فإنه ليس حقًا لهم، بل لله عز وجل، ويمكن أن يكون قوله: (إلا الإسلام) مستثنى من قوله: (فإذا تركوها جاز إلا الإسلام)، ويؤخذ من لازم كلامه أنَّ الإسلام حق لله؛ لأنَّه لو كان حقًّا لهم، لجاز تركه مع الرضا؛ لأنه من له حق فله إسقاطه، والتقدير الأول أولى، ولو رضيت المرأة بغير كفءٍ وليس لها ولي، فقال ابن راشد: الذي عليه عمل القضاة أنَّهم لا يزوجونها حتى تثبت الكفاءة، وإن كانت ثيبًا، فلا يطلبها الحاكم بإثباتها. وقيل: لا بد من الإثبات، وبه أخذ الباجي.

ابن أبي زمنين: وشاهدت بعض أشياخنا يذاكره بذلك، ويحتجُّ عليه بأنها مالكة لأمرها ناظرة في مصالحها، فقال: وإن كانت كذلك فلا يلزمني أن أعينها على ذلك.

(ص): (**والنظر في الدين، والحرية، والنسب، والقدر، والحال، والمال، واختلف في الجميع إلا الإسلام، فيفسخ نكاح الكافر المسلمة وإن أسلم بعده، ويؤدب إلا أن يعذر بجهل....**[1])

(ش): يعني: أن الكفاءة مركبة من قيود:

أولها: الدين، والمراد به الإسلام مع السلامة من الفسق، ولا تشترط المساواة لها في الصلاح.

ثانيها: الحرية.

ثالثها النسب، ويعبر عنه بالحسب، ومعناه ألا يكون الزوج مولى.

ورابعها: القدر. ابن راشد: والمراد به المنصب والجاه.

خامسها: الحال. ابن راشد: والمراد به أن يساويها في الصحة؛ أي: مساويها سالمًا من العيوب الفاحشة.

خليل: وهذا هو الذي من كلام ابن بشير وابن شاي وغيرهما من الأصحاب.

ابن عبد السلام: والأولى تفسير الحال هنا بالجاه.

ويحتمل أن يفسر بما يرجع إلى حسن العشرة، وطيب الخلق.

---

(١) انظر: جامع الأمهات: ١/٢٦١.

ويلزم ابن عبد السلام التداخل؛ لأنه على ما ذكر أنه الأولى في تفسير الحال يصير الحال والقدر واحدًا، وأيضًا إذا فسَّره بما ذكره يلزم أن يكون اختلف في الجاه وحُسن العشرة لِمَا قَالَهُ المصنف: (واختلف في الجميع إلا الإسلام) ولم أرَ قولا باشتراط ذلك.

سادسها: المال.

وقوله: (واختلف في الجميع إلا الإسلام) اعلم أنه: إن ساواها الرجل في الستة فلا خلاف في كفاءته وإن فقد بعضها، فقال المصنف: (واختلف في الجميع) قيل: والكفاءة المعتبرة عند ابن القاسم الحال والمال.

وفي "الوثائق المجموعة": الكفاءة عند مالك في الحال والدين، وعند غيره الحال والمال.

المتيطي: ويجوز الاتفاق على تركها.

وحكى الإسفراييني عن ابن الماجشون أنها شرط في صحة النكاح، فلا يجوز تركها، ونحوه في الإشراف، وهو اختيار ابن القاسم، وبه القضاء.

وانظر قوله: (واختلف في الجميع) مَعَ مَا حَكَاهُ ابنُ بَشِيرٍ من الاتفاق على عدم كفاءة الفاسق، وقد ذكره المصنف بعد، إلا أن يريد بالخلاف مقابل المنصوص.

وأما الحرية فلم يسمع ابن القاسم من مالك فيها شيئًا، وقال غير واحد: وظاهر ما قاله في "المدونة[1]" أن العبد كفء، وحكاه القاضي أبو محمد عن ابن القاسم نَصًّا، وقال المغيرة وسحنون: ليس العبد كفئًا للحرة، ويفسخ النكاح.

عبد الوهاب وغيره: وقول المغيرة هو الصحيح.

ولا إشكال أن قول المغيرة خلاف لابن القاسم إن ثبت النص عن ابن القاسم، وإن كان القاضي إنما اعتمد في حكايته على ظاهر " المدونة[2]"؛ لأنه لما سئل ابن القاسم عن نكاح العبد العربية، فقال: قال مالك: أهل الإسلام بعضهم لبعض أكفاء، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] فيكون أيضًا قول المغيرة خلافًا. وإليه ذهب اللخمي وغيره، وقال ابن سعدون وغيره من القرويين: ليس قول المغيرة خلافًا لابن القاسم لقوله بعد هذا: إذا رضي الولي بعبد فليس للولي أن يمنع

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٢.

منه بعد ذلك، إلا أن يأتي منه حدث من فسق أو لصوصية. فقوله: (إذا رضي) يدل على أن للولي في ذلك حقًّا، وأما النسب فالمعروف أن المولى كُفءٌ للحرة.

المازري: والمشهور أن الحسب غير معتبر عندنا لحديث فاطمة بنت قيس في تزويجها أسامة.

وأما القدر فلم أر قولا باشتراطه، كما أشار إليه المصنف؛ نعم فهم ابن راشد الاتفاق عليه من قول المصنف بعد هذا.

وعن ابن القاسم فيمن دعت إلى كفءٍ في القدر والحال، والمال: زوجها السلطان. وفيه نظر.

وأما الحال فقد تقدم تفسيره بالصحة، فلم أر الخلاف فيه إلا في البكر ذات الأب، وقد تقدم عند الكلام على جبر الأب البكر.

وأما المال ففي "المدونة[1]" أن امرأة مطلقة أتت إلى مالك، فقالت له: إن لي ابنة في حجري موسرة مرغوب فيها، فأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له فقير لا مال له، أترى لي في ذلك كلامًا؟ قال: نعم إني لأرى لك في ذلك متكلمًا. على الإثبات.

وفي بعض الروايات: لا أرى لك. على النفي.

قال بعض الشيوخ: الأولى أصح؛ لأنه قال أولا: نعم. ولو كان الثاني نفيًا تناقضا لا سيما وقد وقع في كثير من النسخ: إني أرى ذلك اختصرها بعضهم.

ابن القاسم: وأنا أراه ماضيًا إلا أن يأتي من ذلك ضرر فيمتنع.

واختلف هل قول ابن القاسم خلاف؟ وإليه ذهب سحنون، لقوله: وبقول ابن القاسم أقول، ولا أرى الفقر ضررًا.

ابن محرز: وذهب بعض المذاكرين انه لا يعده خلافًا؛ لأن ابن القاسم تكلم على فقيرٍ صالحٍ لا يخشى على المرأة منه أن يفسد متاعها ويتلفه، ومالك تكلم على من يخشى منه ذلك.

وذكر صاحب " النكت " عن غيرِ واحدٍ من القرويين، وكذلك قال أبو عمران أنه ليس هو خلافًا؛ لأن ابن القاسم إنما تكلم بعد الوقوع، ومالك تكلم قبل الوقوع، وقال: لها متكلم، ولم يقل أن النكاح مفسوخ.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٣.

ومعنى المتكلم الذي لها أن تنظر في ما أراده الأب، هل هو صواب أم لا؟

قوله: (إلا الإسلام) لأن الإجماع متفق على تحريم إنكاح المسلمة.

قوله: (وَيُؤَدَّبُ إلا أنْ يُعْذَرَ بِجَهْلٍ) ابن عبد السلام: ظاهره: ولو أسلم إذا لم يعذر بجهل بسبب جرأته وإقدامه على هتك حرمة الإسلام، لكن ظاهر قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] خلافه.

ونص ابن راشد على أن إسلامه يسقط عنه الأدب.

واختلف في حَدِّ المرأة إذا تزوجته عالمة بأن ذلك لا يجوز، ففي "المدونة[١]": لا أرى أن يُقَامُ في ذلك حد وإن تعمداه، ولكن العقوبة إن لم يجهلوا.

وفي رواية: لا أرى أن يُقامُ عليه. ومقتضاها إقامته عليها.

ومن الشيوخ من يرى أن المذهب كله على أنها لا تُحَدُّ.

ابن محرز: والصوابُ حَدُّهَا. وهي كالمسلم يتزوج مجوسية عالمًا بذلك، فقد قال مالك أنه يرجم؛ يعني إذا كان مُحصنًا.

وقال ابن المواز فيمن ارتدَّت زوجته، ووطئها مكرهةً عالمًا بالتحريم أنه يرجم.

واختلف إذا زنى بها طائعةً، فقال مالك رحمه الله تعالى: ليس ذلك بنقض، ولا يلحق به الولد.

وقال ابن حبيب: ذلك نقض.

وفي سماع عبد الملك أنه يضرب ضربًا يموت منه.

وقال أشهب: يضرب الضرب الموجع لما لم يوف لهم بالعهد. وفي كلامه ما يدل على أنه لو وفى لهم بالعهد لكان ذلك نقضًا.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا يكون ذلك نقضًا للعهد وإن وفى لهم به.

ابن نافع وأبو مصعب وغيرهما: فإن غرها بالإسلام فذلك نَقْضٌ منه للعهد.

(ص): **(وفيها: المسلمون بعضهم لبعضٍ أكفاء. وفرق بين مولًى وعربيةٍ فاستعظمه، وتلا: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ﴾ إلى ﴿أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات:١٣]. والعبد كذلك، وقيل: إلا العبد)**

(ش): قد تقدم ما يتعلق بذلك. وقوله: (إلا العبد) ابن عبد السلام: أي: وإن

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٣.

الخلاف إنما هو بين الحرة والمولى، وأما العبد فلا يختلف أنه ليس بكفء للحرة، وحاصله أنها طريقة.

واعترض اللخمي الاستدلال بالآية على هذا، وقال: لا مدخل لهذه الآية هنا؛ لأن متضمنها الحال عند الله تعالى في الآخرة، ومنازل الدنيا وما تلحقهم فيه المعرة غير ذلك.

(ص): **(وقال ابن بشير: ولا خلاف منصوص أنَّ للزوجة ولمن قام لها فسخ نكاح الفاسق)**

(ش): أي: الفاسق بالجوارح لمقابلته له بالفاسق بالاعتقاد.

ولفظ ابن بشير: والمطلوب من الزوج أن يكون كفؤًا في دينه بلا خلاف، وإن كان فاسقًا فلا خلاف منصوص أن تزويج الأب من الفاسق لا يصح، وكذلك غيره من الأولياء، وإن وقع وجب للزوجة ولمن قام لها فسخه، وكان بعض أشياخي يهرب من الفتيا في هذا، ويَرَى أنَّ ذلك يُؤَدِّي إلى فسخ كثير من الأنكحة. انتهى.

ابن عبد السلام: وقول ابن بشير وإن وقع يحتمل أن يكون دَاخِلا في غير المختلف فيه، وهو ظاهر، ويحتمل أن يكون ابتداء كلامٍ وتأسيس مسألةٍ مع عدم التعرض لنفي الخلاف.

(ص): **(وأما الفاسق بالاعتقاد فقال مالك: لا يزوج إلى القدرية ولا يزوجون)**

(ش): هذا لمالك في "الموازية". ولا يَتَأَتَّى هُنَا توقف الشيخ المتقدم في الفاسق بجوارحه؛ لأنه لا يؤدي إلى فسخ كثير من الأنكحة، ويشارك القدري من يساويه في البدعة.

(ص): **(وعن ابن القاسم فيمن دَعَتْ إِلَى زَوجٍ فَأَبَى وَلِيُّهَا إذا كَانَ كُفْئًا لَهَا في القدر والمال والحال زَوَّجَهَا السلطان. قال عبد الملك: وعلى هذا اجتمع أصحاب مالك)**

(ش): تصوره ظاهر، وقد تقدم أن ابن راشد فهم منه اتفاق الأصحاب على مراعاة هذه الثلاثة، وفيه نظر لجواز أن يكون الاتفاق هنا إنما هو على الحر لحصول الكفاءة في الحال والمال فقط، ثم إن هذا الاتفاق إنما يصح إن كان مساويًا لها في النسب والحرية، وإلا فقد تقدم فيهما الخلاف.

(ص): **(والنكاح والمِلْكُ المُبيحُ يُبيح نظر الفرج من الجانبين، وقيل يكره للطب)**

(ش): أي: أن الرجل يباح له أن ينظر إلى فرج امرأته وأمته، ويباح لزوجته وأمته

النظر إلى فرجه.

واحترز بالمبيح من نظر العبد لفرج سيدته مِمَّا لو ملك بعض محارمه.

وقد وقع لأصبغ في "العتبية " لما سئل: هل يجوز للرجل أن ينظر إلى فرج المرأة؟ قال: نعم، ويلحسه بلسانه.

قال في "البيان": إنما أراد تحقيق إباحة النظر، وليس من مكارم الأخلاق أن يلحسه بلسانه.

وقد روى النسائي عن معاوية بن حيدة، قال: قلت: يا رسول الله، عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: "احْفَظْ عَوْرَتَكَ إلا مِنْ زَوْجَتِكَ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ"(١).

وقوله: (وقيل يكره للطب) لم أَرَهُ، لَعَلَّهُ يُرِيدُ فرج المرأة خاصة؛ لأنه قيل: إن النظر إليه يورث العمى، لأنه يصعد منه بخار يؤذي البصر.

ابن القاسم: ولا بأس أن يكلم امرأته عند الجماع.

وسئل القاسم بن محمد عن النخر عند الجماع، فقال: إذا خلوتم فاصنعوا ما شئتم.

وظاهر كلامه في "البيان " كراهته.

وصرح السيد أبو عبد الله ابن الحاج بكراهته.

(ص): (ويحل كل استمتاع إلا الإتيان في الدبر، وَنُسِبَ تحليله إلى مالك في كتاب السر، وهو مجهول. وعن ابن وهب: سألت مالكًا عنه، وقلت: إنهم حكوا أنك تراه. فقال: معاذ الله. وتلا: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]، وقال: لا يكون الحرث إلا في موضع الزرع)

(ش): لما خرجه النسائي عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اسْتَحْيُوا مِنَ اللهِ حَقَّ الحَيَاءَ، وَلا تَأْتُوا النِّسَاءَ فِي أَدْبَارِهِنَّ"(٢).

ولما خرجه أيضًا عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يَنْظُرُ اللهُ إِلى رَجُلٍ أَتَى رَجُلا أَو امْرَأَةً فِي الدُّبرِ"(٣).

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرى، برقم (٨٩٢٣).

وأخرجه الترمذي، برقم (٢٧٦٩) وقال: حسن. وأبو داود، برقم (٤٠١٧).

(٢) أخرجه النسائي، في الكبرى، برقم (٨٩٦١) بسند حسن.

(٣) أخرجه الترمذي، برقم (١١٦٦) وقال: حسن غريب.

ولما خرجه أبو داود عن أبي هريرة أيضًا، عنه عليه الصلاة أنه قال: "مَلْعُونٌ مَنْ أَتَى المَرْأَةَ فِي دُبُرِهَا"[١].

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿أَنَّى شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] يقتضي إباحته؛ لأن المعنى حيث شئتم. قيل: هذا غير صحيح لما رواه مسلم[٢] وغيره عن جابر قال: كانت اليهود تقول: إذا أتى الرجل المرأة من دبرها في قبلها كان الولد أحول، فنزلت: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] قال جابر: إِنْ شَاءَ مجيبة وإن شاء غير مجيبة غير أن ذلك في صمامٍ وَاحِدٍ.

وعلى هذا فمعنى ﴿أَنَّى شِئْتُمْ﴾ كيف شئتم. والمفسرون وإن اختلفوا في تفسير الآية، فينبغي أن يعتمد على ما ذكرناه لموافقته الحديث الصحيح. وقد تقدم ما يتعلق بكتاب السر في المسح على الخفين.

ابن عبد السلام: ولمالك في "اختصار المبسوط " جوازه، وقال: هو أحل من شرب الماء البارد.

وحُكِيَ عَنْ ابنِ عُمَرَ مثله.

(ص): (والإتيان في الدبر كالوطء في إفساد العبادات، ووجوب الغسل من الجانبين، والكفارة، والحد، ووجوب العدة، وحرمة المصاهرة، ولا يحلل، ولا يحصن، وفي تكميل الصداق به قولان)

(ش): تصوره واضح. وقوله: (من الجانبين) عائدٌ على (إفساد العبادات، ووجوب الغسل) ولا يقال: وجوب العدة مشكل، كما قيل؛ لأنها تجب بمجرد الخلوة، وسبب القولين في تكميل الصداق به أن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] هل يحمل على المس الشرعي؟ ولم يحصل، أو على مطلق المس؟ وقد حصل.

(ص): (ولا يعزل عن الحرة إلا بإذنها ولا عن الزَّوجة الأمة إلا بإذن السيد سيدها بخلاف السراري)

(ش): العزل: هو أن يطأ إلى أن يأتي المني فينزع ذكره حتى لا ينزل فيها.

والمشهور من المذهب جوازه على الصفة التي ذكرها المصنف، وذكر عن مالك

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٢١٦٢).

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٧٣٦).

كراهته.

وظاهر قوله في (الزوجة الأمة إلا بإذن سيدها) أنه بإذن السيد، وكذا هو ظاهر كلام غيره.

ورأى الباجي: أنه لا يعزل عن الزوجة الأمة إلا بإذنها وإذن مواليها، ولا يكتفي بإذن سيدها؛ لأن لها حقًّا في الوطء.

وكان شيخنا رحمه الله يذهب إلى إنه تقييد، وهو ظاهر؛ لأن لها حقًّا في القسم، ويتبين لك ذلك بما ذكره الباجي في باب الإيلاء: أن الزوجة إذا كانت أمة ورضت بترك الوطء أن للسيد إيقافه، رواه ابن القاسم عن مالك في "العتبية".

الباجي: ووجه ذلك ما احتجَّ بِهِ أَصْبَغُ في "ثمانية أبي زيد": ليس للزوج أن يعزل عنها وإن رضيت بذلك إلا بإذن السيد.

أصبغ: وإن كان رضي السيد بترك الوطء، ولم ترض بذلك الأمة لم يكن لسيدها ذلك، وكان لها القيام ومطالبة الزوج وتوقيفه.

قال في "الطرر": وللمرأة أن تأخذ من زوجها مالا على أن يعزل عنها إلى أجل، ولها أن ترجع في ذلك متى أحبت، وحَكَاهُ عَنْ المشاور.

(ص): **(الزوجة: والموانع قرابة، ورضاع، وصهر، ولعان، والمتزوجة غير المسبية، والمعتدة وشبهها من غيره، والمرتدة، والكافرة غير كتابية، والأمة الكافرة، وأمته، وأَمَةُ وَلَدِهِ، وسيدته، وأم سيده، والأمة المسلمة يجد ناكحها الطول ولا يخشى العنت، والمستوفاة طلاقاً، والمحرمة الجمع مع محرم أو مع أربع، والمريضة مرض حجر، والراكنة للغير واليتيمة)**

(ش): هذا هو الركن الرابع.

وَلَمَّا كَانَ المباح غيرُ مُنْحَصِرٍ حصر الممنوعِ ليعلم أنَّ مَا عَدَاهُ جَائِزٌ.

(والموانع): مبتدأ على حذف مضاف؛ أي: ذوو الموانع (قرابة)، والتقدير أصحاب الموانع ذوو قرابة، ففي كل من المبتدأ والخبر حذف مضاف، وقلنا هذا ليصح قوله: (المتزوجة)؛ لأنه معطوف على قرابة ولا يصح أن يخبر بالمتزوجة عن الموانع؛ إذ لا يُخْبِرُ عَنْ المعنى بالجثة.

وعدة الموانع عشرون، ثم أخذ المُصَنِّفُ يتكلم على الأول منها فالأول، فقال:

(ص): **(والقرابة هي السبع في قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ﴾ [النساء: ٢٣] وهي أصوله**

وفصوله وفصول أول أصوله، وأول فصل من كل أصل وإن علا).

(ش): أي في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية.

ثم ضبط المصنف هذه السبعة بقوله: (وهي أصوله... إلخ). فالأصول كل من له عليك ولادة سواء كان بمباشرة أم لا، فيدخل في ذلك: الأم، وأمها وإن علت، وأم الأب وإن علت.

والفصول: كل من لك عليها ولادة، فيدخل: البنات، وبنات الأبناء وإن سفلن لابن أو بنت.

وفصول أول الأصول هم الأخوة؛ إذا أول أصولك أبوك فتحرم الأخوات مطلقًا كن أشقاء أو لأب أو لأم، وبناتهن وإن سفلن.

(وأول فصل من كل أصل) أي: ما عدا الأصل الأول؛ لأن ثاني الأصول وثالثها وإن علا، ذلك فإن فصولهم أعمام وعمات، أخوال وخالات، وبنات الأعمام والعمات، والأخوال والخالات، حلال بالإجماع.

واعلم أنه يتصور الخال والخالة من جهة الأب، والعم والعمة من جهة الأم؛ لأن أخا الجدة للأب خال للأب، وأختها خالة له، وأخو الجد للأم عم، وأخته عمة.

(ص): **(ويحرم نكاح الزاني للمخلوقة من مائه، وقال ابن الماجشون: لا تحرم. وقال سحنون: هذا خطأ صراح)**

(ش): بالتحريم قال أبو حنيفة، وبعدمه قال الشافعي، وقول سحنون أَنَّهُ خطأ ليس بظاهر؛ لأنها لو كانت بنتًا لورثته وورثها، وجاز له الخلوة بها وإجبارها على النكاح، وذلك كله مُنْتَفٍ عندنا.

وعلل بَعْضُ الحنفية المنع بأنها ربيبة؛ لأن الزنا عندهم محرم. وسيأتي مَا فِيهِ عِنْدَنَا.

(ص): **(ويحرم بالمصاهرة أمهات الزوجة من النسب أو الرضاع، وبنات الزوجة المدخول بها، وإن لم تكن في حجره وإن سفلت لابنٍ أو بنتٍ)**

(ش): هذا هو المانع الثالث.

وأخَّر المصنف المانع الثاني، وهو الرضاع؛ لطوله وتبعًا لكتب أصحابنا.

وأمهات الزوجة: كل من له على الزوجة ولادة، سواء كان من جهة أبيها أو أمها، وسواء كان من جهة النسب أو الرضاع، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ

وَرَبَائِبُكُمُ اللاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية.

وحاصله: أن العقد على البنت يحرم الأم، ولا تحرم البنت بالعقد على الأم، بل بالدخول بها.

وفي "الموطأ": أن ابن مسعود استفتي، وهو بالكوفة عن نكاح الأم بعد الابنة إذا لم يمس البنت فأرخص في ذلك، ثم إن ابن مسعود قدم المدينة، فسأل عن ذلك، فأخبر أنه ليس كما قال، وأن الشرط إنما هو في الربائب، فرجع ابن مسعود إلى الكوفة، فلم يصل إلى منزله حتى أتى الرجل الذي أفتاه، فأمره أن يفارق امرأته، ولم يكن رضي الله عنه يرجع عن فتواه إلا لنصٍ أو ظاهر قوي؛ لأن القاعدة: منع جمع الوصفين إذا اختلف عاملهما بصفةٍ واحدةٍ.

و (نِسَائِكُمْ) في: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ مجرورٌ بالإضافة، وفي قوله: ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ﴾ مجرور بحرف الجر، فلا يصح أن يكون قوله تعالى: ﴿اللاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ صفة لمجموع الوصفين.

وقوله: (وإن لم تكن في حجره)؛ لأنَّ قوله تعالى: ﴿اللاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ وصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له.

(ص): **(وحلائل الآباء وحلائل الأبناء)**

(ش): هذا أيضًا من المانع الثالث، وكون المرأة حليلة في النكاح يحصل بالعقد، وأما الملك، فلا تكون به حليلة عندنا إلا بالوطء أو ما يَقُومُ مقامه، لا بمجرد الملك، خلافًا للشافعي في قوله: أنها بمجرد الملك حليلة، ولا خلاف أن حليلة ابن الابن وابن البنت وإن سفل داخلة في حلائل الأبناء.

(ص): **(ولو قال الأب نَكَحْتُ المرأة أو وَطِئت الأمة بشراءٍ عند قصد الابن ذلك، وأنكر الابن ذلك لم يقبل إلا أَنْ يَكُونَ فَاشيًا قَبْلُ كشهادة الأمّ في الرضاع وينبغي التنزه عنه)**

(ش): قوله: (**عند قصد الابن ذلك**)؛ أي: نكاح الحرة ووطء الأمة.

وقوله: (**لم يقبل إلا أن يكون فَاشِيًا**).

حاصله: أنه إن لم يكن فاشيًا لَم يُقْبَل، ويُسْتَحَبُّ التنزه، وإن كان فاشيًا قبل، ويجب الاجتناب، ويفسخ النكاح إن وقع، وشهادة الأم في الرضاع كذلك.

وهذا الذي ذكره المصنف هو أحد التأويلين في مسألة " المدونة[١]" في كتاب النكاح والرضاع.

ونص ما في النكاح: قلت فيمن اشترى جارية أو أراد شراءها أو خطب امرأة، فقال أبوه: نكحت الحرة أو وطئت الأمة بشراء، وكذبه الابن، فقال: قال مالك: لا تجوز شهادة امرأة واحدة في الرضاع إلا أن يكون قَدْ فَشَا وعرف.

مالك: وأحبُّ إلي ألا ينكح ويتورع.

ولا تجوز أيضًا شهادة امرأتين في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعرف في الأهلين والمعارف والجيران، فتجوز حينئذٍ شهادتهما.

ابن القاسم: فشهادة الوالد في مسألتك كشهادة الأمِّ في الرضاع، فلا يُقبل قول الأب إلا أن يكون ذلك من قوله فاشيًا قبل الشِّرَاءِ أَو النكاح، وأرى له أن يتنزه عن ذلك بغير قضاء، وكذلك الأم إذا لم يزل يسمعونها تقول: أرضعت فلانة. فَلَمَّا كبرت أراد الابن أن يتزوجها، فلا يفعل.

ونص ما في الرضاع: وإذا قالت امرأة عادلة: كنت أرضعت فلانًا وزوجته، لم أقض بفراقهما، ولو عرف ذلك من قولها قبل النكاح أمرته بالتنزه عنها إن كان يثق بقولها، ولو شهدت بذلك امرأتان بعد العقد، وهما أم الزوجة وأم الزوج أو أجنبية لم أقض بالفراق إلا أن يفشو ذلك قبل النكاح من قولهما عند الجيران والمعارف.

والتأويل الثاني لأبي عمران أنه لا يجب الفراق مطلقًا، وإنما يتأكد استحباب التنزه إذا فشا ويقوي هذا التأويل قوله في الثانية: ولو عرف ذلك من قولها قبل النكاح أمرته بالتنزه عنها إن كان يثق بقولها.

فرع:

إن صارت إليه جارية أبيه، أو ابنه بعد موته ولم يقر مالكها بوطء ولا غيره. قال ابن حبيب: لا تحل.

اللخمي: وهو يحسن في العلي، وإن كانت من الوخش ندب إليه ألا يصيب ولا تحرم، وكذلك إذا باعها، ثم غاب قبل أن يسأل.

(ص): **(والمشهور أن اللذة بالقبلة والمباشرة والنظر لباطن الجسد كالوطء في**

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٤.

تحريم البنت)

(ش): لما قدم أن البنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم بين أن مقدمات الجماع تتنزل منزلة الوطء في التحريم، سواء كان ذلك في نكاحٍ أو ملك.

ابن القاسم في سماع أبي زيد: ولو ماتت زوجته قبل البناء فقبلها حرمت ابنتها.

واشترط المصنف اللذة بالمباشرة؛ لأنه لو حصلت المباشرة بغير لَذَّةٍ لم تحرم، فقد روى محمد عن مالك: إن مرض فقامت عليه واطلعت عليه على عورته ومست ذلك منه، أو مرضت فقام هو عليها، أن ذلك لا يحرمها على أبيه وابنه.

أصبغ: وذلك إذا لم يكن شيء من اللذة بقبلةٍ ولا نظرٍ.

وقوله: (النظر) يقرأ بالخفض عطفًا على القبلة والمباشرة، ويكون التقدير: واللذة بالنظر.

ولا تصح قراءته بالنصب؛ لأنه حينئذٍ يُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّ مُجَرَّد النظر محرم، وليس كذلك.

وظاهر قوله (والمشهور) إلى آخره، أن الخلاف في الجميع، ولم أره إلا في النظر، ولذلك لم يحك ابن بشير وابن شاس الخلاف إلا فيه.

ونقل الباجي الشاذ فيه عن ابن القصار.

واحترز المصنف بقوله: (النظر لباطن الجسد) مما لو نظر إلى وجهها، فإنها لا تحرم باتفاق حكاه ابن بشير.

وفي "الموطأ": أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وهب لابنه جاريةً وقال: لا تمسها فإني قد كشفتها.

يريد: نظر إلى بعض ما تستره من جسدها على وجه طلب اللذة والاستمتاع.

ابن حبيب: ومن تلذذ من أمته بتقبيلٍ أو تجريدٍ أو ملاعبةٍ أو مغامزةٍ أو نظرٍ إلى شيء من محاسنها نظر شهوة حرم على ابنه وأبيه التلذذ بشيءٍ منها إن ملكها.

رواه محمد عن مالك، وزاد: وكذلك إن نظر إلى ساقها أو معصمها تلذُّذًا.

ابن عبد السلام: ظاهر رواية ابن حبيب بخلافِ تقييد المؤلف النظر لباطن الجسد، وقد يُقال: إنما احترز بالباطن من الوجه كما قاله ابن بشير.

فإن قلت: ما حكاه ابن بشير من الاتفاق مخالف لرواية ابن حبيب، فإن قوله في الرواية: أو نظر إلى شيءٍ من محاسنها للذَّةٍ يَدُلُّ على أَنَّه لا فَرْقَ بين الوجه وغيره

في ذلك.

فالجواب: أنَّ الأمر كَمَا ذكرت من أن ظاهر رواية ابن حبيب تنقض الاتفاق، ويمكن الجمع بينهما بوجهين:

أولهما: أن يحمل كلام ابن بُشَيْر عَلَى مَا إِذَا نَظَرَ لِلْوَجْهِ لا عَلَى قَصْدِ الالْتِذَاذِ.

والثاني: أن يُقَيَّدَ ما في رواية ابن حبيب بغير الوجه، والله أعلم.

(ص): **(وإذا انفرد الوطء فإن كان حلالا كملك اليمين فكوطء العقد)**

(**ش**): (انفرد الوطء)؛ أي: من غير عقد، ولا تحصل الإباحة فيه إلا في ملك اليمين.

ويعني بـ (الحلال) أن تكون المرأة مُباحة الوطء، ولو وطئها في حيضٍ أو صِيَامٍ؛ لأنه إذا انْتَشَرَتْ الحُرمة بِمُقَدِّمَاتِ الجِمَاعِ أَوْلَى.

واختلف إذا وطئ الصغير بملك اليمين أو قبل أو باشر، فقال مالك في "الموازية": إن قبل أو باشر لم تحرم إذا كان صغيرًا.

وقال محمد: إذا بلغ أن يلتذ بالجواري فإنها تحرم.

(ص): **(وإن كان بِزِنا، ففيها: يُفَارِقُهَا، وأصحابه كلهم على ما في "الموطأ")**

(**ش**): (وإن كان بِزِنا) عطفًا على قوله: (فإن كان حلالا)؛ أي: فإن زنا بأم زوجته أو بابنتها فليفارق زوجته.

وحمل الأكثر (يفارقها) على الوجوب، وأنه يحرم عليه الاستمرار، وحملها اللخمي وصاحب "البيان" على الكراهة، واختصرها البرادعي بلفظ التحريم، وتعقب عليه ذلك.

ونص مالك في "الموطأ " أنه: لا يحرم بالزنا حلال. ونحوه في "الرسالة".

سحنون: وأصحابه كلهم على ما في "الموطأ " ولا اختلاف.

وذكر ابن عبد السلام أَنَّهُ المَشْهُورُ، وذكر ابن حبيب في "الواضحة " عن مالك أنه رجع عَمَّا في "الموطأ"، وأفتى بالتحريم إلى أن مات.

وكذلك ذكر المازري في كشف الغطاء، وزَادَ أَنَّهُ قِيلَ لَهُ أفلا تمحو الأول من كتابك؟ أي: ما في "الموطأ"، فقال: سارت به الركبان.

واختار جماعة ما في "الموطأ"، أَمَّا أولا فلأن الأصل الإباحة.

وأما ثانيًا: فلأن الحقيقة الشرعية مُقَدَّمَة على الحقيقة اللغوية في كلام الشارع.

ابن عبد السلام: ولا تكون المرأة من نسائه شرعًا إلا بالوطء المباح.

(ص): (وإن كان باشتباهٍ حُرِّمَت على المشهور)

(ش): يعني (وإن كان) الوطء (باشتباه)؛ أي: غَلَطًا، كَمَنْ وطئ أجنبية يظنها زوجته أو أمته، فإنها تحرم على آبائه وأبنائه، وتحرم عليه أمهاتها وبناتها.

أبو عمران: ولا أعلم خلافًا في من وطئ بوجه شبهة أنها تحرم إلا ما روى يحيى عن سحنون فيمن مد يده إلى زوجته في الليل فوقعت على ابنتها غلطًا، أنها لا تحرم عليه زوجته.

وقال ابن عبد السلام بعد أن نقل عن سحنون: إن وطئ شبهة لا يحرم، وهذا الخلاف إنما هو على القول بأن الزنا لا يحرم، وأمَّا عَلَى أنه يحرم، فلا إشكال أن وطء الاشتباه يحرم.

(ص): (وعلى المشهور لو حَاوَلَ أَنْ يَتَلَذَّذَ بزوجته، فوقعت يده على ابنتها فالتذ فجمهورهم على التحريم، واختار المازري خلافه، وألف فيها كشف الغطا عن لمس الخطا)

(ش): قوله: (على ابنتها): يُريدُ سواء كانت ابنته أم لا، هكذا هو مَنْصُوصٌ عليه، وقال بالتحريم ابن شعبان، والقابسي، وأبو عمران، وأبو بكر بن عبد الرحمن، والتونسي، واللخمي، وابن العطار، والسيوري، وعبد الحميد، وبه أخذ ابن التبان، ففارق زوجته حين نزلت به.

وقال بنفي التحريم سحنون، وأبو سعيد ابن أخي هشام، وابن شبلون، واختاره ابن محرز وألف فيها تأليفًا، وكذلك المازري، وألف فيها كشف الغطا عن لمس الخطا، واعتمد المازري في تصنيفه على تصنيف ابن محرز عن الشيخ أبي محمد القولان.

واحتج المازري بأنه لا رافع للحل المستصحب في الزوجة إلا آية تحريم المصاهرة، وهي لا تتناول البنت؛ إذ ليست من نسائه في الحال كالزوجة، ولا تصلح أن تكون من نسائه في المآل كالأجنبية، وكذلك اختار صاحب " البيان"، قال: هو الصحيح. واختلف في مراد الأشياخ باجتناب الزوجة، وظاهر إطلاقاتهم وجوب الفراق والإجبار عليه.

قال في "الجواهر": وهو مذهب جمهورهم.

ورأى القابسي وأبو عمران: أن ذلك على وجه الاستحباب، لا على الإجبار، وهو

مذهب أبي الطيب عبد المنعم، فإنه أمر بالفراق، وتوقف في الإجبار.

وجمهور القائلين بالتحريم على أَنَّ المذهب فيه عَلَى قَولِ وَاحِدٍ لا يختلف باختلاف ما وقع من ذلك عن قصد اللَّمس أو لا.

المازري: وقال ضُعَفَاؤُهُمْ: بَلْ يَتَخَرَّجُ عَلَى الروايتين في انتشار الحرمة بالزنا.

عبد الحميد: وَهُو وَهْمٌ فَاسِدٌ مِمَّنْ حُكِي عَنْهُ؛ لأنه لم يقد هنا ممنوعًا، وإنما قصد الالتذاذ بزوجته أو لم يقصد ذلك، وحصلت له اللذة.

وقول المصنف (الْتَذَّ) احترز به مِمَّا لَو لَمْ يلتذ فإنها لا تحرم عليه، وهو الصحيح، وذهب بعض فقهاء صقلية إلى أنَّ لمس الابنة ينشر الحرمة، وإن لم يلتذ إذا كان أصل لمسه لقصد اللذة.

المازري: وهو مذهبٌ ضَعيفٌ لا يتخرج على أصل، ولا ينبني على تحقيق.

والمسألة قابلة لأكثر من هذا؛ ولذلك احتملت التآليف.

(ص): (فإن وطئ مُكْرَهًا، فقال المازري: يتخرج على أن المكره زانٍ أو معذورٍ كالغالط)

(ش): تصوره واضح.

(ص): (وكل نِكَاحٍ اخْتُلِفَ فيه اعتبر عقده وَوَطْؤُهُ مَا لَمْ يَكُنْ بِنَصٍّ أو سُنَّةٍ، ففي عقده قولان)

(ش): لما قدم الكلام على النكاح الصحيح أتبعه بالنكاح الفاسد، وهو على قسمين: مُجْمَعٌ عَلَى فَسَادِهِ، وَمُخْتَلَفٌ فيه، وبدأ بالمختلف فيه، ومعنى كلامه أن كل نكاح اختلف العلماء في صحته وفساده، والمذهب قائل بالفساد، فإنه يعتبر عقده فيما يعتبر فيه العقد، ووطؤه فيما يعتبر فيه الوطء، فتحرم بالعقد أمهاتها، وتحرم على آبائه وأبنائه، وتحرم عليه البنت بالدخول بالأم فيه.

وقوله (مَا لَم يَكُنْ بِنَصٍّ أو سُنَّةٍ) يعني أنه يعتبر العقد والوطء إلا أن يكون لفسادٍ بنصِّ كتاب أو نص سنة، فحذف من الأول ما أثبت نظيره في الثاني، ومن الثاني ما أثبت نظيره في الأول.

(ففي عقده قولان)؛ يعني: ويعتبر وطؤه بالاتفاق.

وقال في "المقدمات": والمشهور أن الحرمة تقع بكل نكاح لم يتفق على تحريمه. ونفى غيره الخلاف ورأى أن المذهب كله على التحريم، فإن قلت: فيكف يكون فيه

نص كتاب أو نص سنة ويختلف فيه؟

قيل: النص فيه ثلاثة اصطلاحات:

الأول: ما احتمل معنى قطعًا، ولا يحتمل غيره قطعًا.

والثاني: ما احتمل معنى قطعًا وإن احتمل غيره.

والثالث: ما احتمل معنى كيف كان.

ولا يأتي الاختلاف على الاصطلاح الأول، فإن قلت: فَمَا مَثَلُ ذَلِكَ؟

قيل: أَمَّا ما فيه نص سُنَّة فكنكاح المحرم وإنكاح المرأة نفسها، وَأَمَّا مَا فِيهِ نَصُّ كتاب، فكنكاح الخامسة، فإن قوله تعالى: ﴿مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣] نص في عدم الزيادة.

وقد أجاز بعض الظاهرية الزيادة.

(ص): **(وما لم يُخْتَلَف فيه إن دَرَأَ الحد اعْتُبِرَ وَطْؤُهُ لا عَقْدُهُ على المشهور كَمُعْتَدَّةٍ أو ذَاتُ محرم محرم أو رضاعٍ، وإن لم يدرأ الحد لم يعتبر عقده، وفي وطئه قولان؛ لأنه زنا)**

(ش) يعني: وإن اجتمع على فساه فهو على قسمين: (إن درأ الحد اعتبر وطؤه) كَمَا لَو وطئ معتدة أو ذات محرم أو رضاع غير عالم، وأَمَّا لَو عَلِمَ حد في ذات المحرم أو الرضاع، وفي حد العالم في نكاح المعتدة قولان سيأتيان.

والمشهور: عدم اعتبار عقده، ومقابل المشهور لعبد الملك.

وذكر ابن الجلاب عنه فيما إذا تزوج أُمًّا وابنتها في عقدٍ واحدٍ، فقال عبد الملك: تحل له البنت ويحرم عليه نكاح الأم.

اللخمي: والعقد إن كان حرامًا مُجْمَعًا على تحريمه لم يحرم.

هذا هو الصحيح من المذهب، ووقع في بعض المسائل في هذا الأصل اختلاف.

ويختلف إذا كان مختلفًا في فساده، والمشهور أن التحريم يقع به.

وقوله (وإن لم يدرأ) إلخ، تصوره ظاهر.

(ص): **(وإذا عَقَدَ عَلَى أُمٍّ وابنتها في عَقْدٍ وَاحِدٍ فُسِخَ أبدًا)**

(ش): أي: قبل الدخول وبعده ولا خلاف فيه، والفسخ بغير طلاق.

(ص): **(فإن دخل بهما حَرُمَتَا أبدًا)**

(ش): يريد: غير عالمٍ بالتحريم، وأما العلم به فإنه زَانٍ، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

(ص): (**وإن لم يدخل بواحدةٍ لم تحرم البنت**)

(**ش**): لأن العقد الصحيح على الأم لا يحرم البنت، فالفاسد أولى.

(ص): (**وفي الأم قولان**)

(**ش**): فعلى المشهور تحل؛ لأن العقد الفاسد لا أثر له، خلافًا لعبد الملك.

(ص): (**وإن دخل بإحديهما حَرُمَتْ الأخرى دونها، وفي الأم المدخول بها القولان**)

(**ش**): أي: فإن دخل إما بالبنت أو بالأم (**حرمت الأخرى**)؛ أي: غير المدخول بها دونها؛ أي: دون المدخول بها، ولا خلاف في هذا إن دخل بالبنت، وأما إن دخل بالأم فالمشهور أن الأم لا تحرم عليه.

وعلى قول عبد الملك الأم تحرم أيضًا عليه للعقد الفاسد على ابنتها.

و(ال) في (القولين) للعهد، وقد تقدما.

(ص): (**فإن ترتبتا غَيْرَ عَالِمٍ فواضح**)

(**ش**): (ترتبتا)؛ أي: تزوج واحدة بعد واحدة فواضح؛ لأن البنت إذا كانت السابقة فعقدها صحيح، وعقد الأم فاسد، ويفسخ قبل الدخول وبعده، ولا تأثير له في تحريم البنت اتفاقًا.

وإن كانت الأم السابقة فعقد البنت فاسدٌ يفسخ قبل الدخول وبعده، ولا تأثير له في تحريم الأم على المشهور، وهذا والله أعلم هو الذي قصد بقوله: (فواضح).

وأما إن دخل بهما أو بإحداهما، فذلك على أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن يدخل بهما فيفرق بينه وبينهما، ويكون لك واحدة منهما صداقها بالمسيس، ويكون عليهما الاستبراء بثلاث حيض، ولا تحل له واحدة أبدًا، ولا يكون لواحدة منهما ميراث.

الوجه الثاني: أن يدخل بالأولى فالحكم أن يفرق بينه وبين الثانية، ولا تحل له، ويبقى مع الأولى إن كانت البنت باتفاق، وإن كانت الأم على المشهور.

الوجه الثالث: أن يدخل بالثانية، فالحكم فيه أن يفرق بينه وبينها، ويكون لها صداقها، ويكون له أن يتزوجها بعد الاستبراء من الماء الفاسد إن كانت البنت، وإن كانت الأم لم تحل له واحدة منهما، ولا يكون لواحدة منهما ميراث.

الوجه الرابع: أن يدخل بواحدة منهما معروفة، ولم يعلم أهي الأولى أو الثانية،

فالحكم فيه إن كانت الأم هي المدخول بها منهما أن يفرق بينه وبينها، ولا تحل له واحدة منهما أبدًا، وإن كانت البنت هي المدخول بها فُرِّقَ بينهما، ثم يتزوج البنت إن شاء بعد استبرائها بثلاث حيض، ويكون للتي دخل بها صداقها بالمسيس، وإن مات الزوج فيكون على المدخول بها من العدة أقصى الأجلين، وَيَكُونُ لَهَا جميع صداقها.

ابن حبيب: ونصف الميراث.

وقال ابن المواز: لا شيء لها من الميراث.

قال في "المقدمات": وهو الصواب.

وأمَّا التي لم يدخل بها، فلا عدة عليها، ولا شيء لها من الصداق ولا من الميراث.

(ص): **(وَإِنْ لَم تَعْلَمِ السَّابِقَةُ، ثم مات، فإن بنى بهما فلا ميراث، ويجب كل الصداق)**

(ش): أَمَّا سُقُوطُ الميراث، فلأن نكاحهما مفسوخ، وأمَّا وُجُوبُ الصداق فللدخول.

(ص): **(وإن لم يبن فالميراث بينهما، ولكلٍّ نِصْفُ الصَّدَاق)**

(ش): أما وجوب الميراث فلأن نكاح إحداهما صحيح، وأما أن لكل واحدة نصف صداقها، فلأنه قد وجب عليه صداق كامل بالموت وهو غير معلوم.

وقوله: (نصف الصداق) يعني سواء اتَّفَقَ الصداقان أم لا، هكذا صرح به في "المدونة[1]".

قال في "المقدمات": والقياس أَنْ يكون عليه الأقل من الصداقين، يقسم بينهما على قدر مهريهما.

تنبيه:

لم يذكر المصنف ما إذا كان الزوج حيًّا. وقد ذكره في "المقدمات"، فقال: وإن لم تعلم الأولى منهما.

يريد: وقد تزوج واحدة بعد واحدة ولم يدخل بهما فرق بينه وبينهما، ويتزوج البنت إن شاء وتكون عنده على طلقتين، ويكون لكل واحدةٍ منهما نصف صداقها،

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٤.

وقيل: رُبْعُ صَدَاقِهَا.

والقياس أن يكون لكل واحدةٍ منهما ربع أقل الصداقين، وذلك إذا لَم تدع كل واحدة منهما أنها الأولى، ولا ادَّعَت عليه معرفة ذلك، فإن ادَّعَت عليه كل واحدةٍ منهما أَنَّهُ عَلِمَ أَنَّهَا هي الأولى، قيل له: احلف أَنَّكَ مَا تعلم أَنَّهَا هِيَ الأولَى.

فإن حلف على ذلك، وحلفت كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا هي الأولى كَانَ لَهُمَا نصف الأكثر من الصداقين يقتسماه بينهما على قدر صداق كل واحدةٍ منهما.

وإن نكلتا عن اليمين بعد حلفه، كان لهما نصف الأقل من الصداقين فاقتسماه كالأول.

وإن نكلت إحداهما وحلفت الأخرى بعد حلفه، كان للحالفة نصف صداقها.

وإن نكل هو عن اليمين وحلفتا جميعًا، كان لكل واحدة نصف صداقها.

وإن حلفت إحداهما، ونكلت الثانية بعد نكوله، كان للحالفة نصف صداقها ولم يكن للناكلة شيء.

وإن نكلتا جميعًا بعد نكوله لم يكن لهما إلا نصف الأقل من الصداقين يقسم بينهما على قدر صداق كل واحدة منهما.

وإن أَقَرَّ لإحداهما أَنَّهَا هي الأولى حلف على ذلك وأعطاها نصف صداقها، ولم يكن للثانية شيء.

ولو نكل هو عن اليمين وحلفتا جميعًا غرم لكل واحدة منهما نصف صداقها.

وإن حلفت الواحدة ونكلت الأخرى بعد نكوله كان للتي حلفت نصف صداقها، ولم يكن للتي نكلت شيء؛ لأن الحالفة قد استحقت نصف الصداق بيمينها. انتهى.

(ص): **(وذلك لو لم تعلم الخامسة)**

(ش): أي: فإن كان بنى بالجميع فَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ صَدَاقُهَا، وَلَهُنَّ الميراث؛ لأن نكاح أربع صحيح، وإن لم يبن بواحدةٍ فلهن الميراث وعليه أربع أصدقةٍ يَقْتَسِمْنَهَا على قدر أصدقتهن.

وإن دخل بأربع فللمدخول بهن أربعة أصدقة، ولغيرهن نصف صداقها؛ لأنها إن كانت رابعة استحقت الصداق كاملا، وإن كانت خامسة، فلا شيء لها، فيقسم الصداق بينها وبين الورثة.

وإن دخل بثلاث فلهن ثلاث أصدقة وللأخرتين صداق ونصف، ثم كذلك.

(ص): (**وأما العالم، ففيها: إن تزوج الأم ووطئها يُحَدُّ إلا أن يُعْذَرَ بجهالَةٍ، وكذلك لو تَزَوَّجَ البنت، ووطئها بعد وطء الأم**)

(**ش**): هذا قسيم قوله أولا: (فإن ترتبتا غير عالم).

وقوله: (إن تزوج الأم ووطئها)؛ أي: **بعد** عقده على البنت.

وقوله (وكذلك لو تزوج البنت ووطئها بعد وطء الأم) قيد ذلك بأن يكون بعد وطء الأم؛ لأنه لو لم يطأها لم يحد لأجل وطئه البنت؛ لأنها ليست مُحَرَّمَة عليه على التأبيد.

(ص): (**وإذا جَمَعَهُمَا بِمِلْكِ اليمينِ جَازَ، وأيتهما وطئ حرمت الأخرى**)

(**ش**): لأن وطء الملك، كوطء النكاح، ومقدمات الوطء كالوطء.

(ص): (**فإن جمع إحداهما بالنكاح والأخرى بالملك حرمت المملوكة ناجزًا، فإن دخل بالزوجة، أو كانت الصغرى حرمت المملوكة أبدًا**)

(**ش**): قوله: (حرمت المملوكة ناجزًا) يعني: واستمر على الزوجة **أُمًّا** كانت أو بِنْتًا، ثُمَّ إن دَخَلَ بالزوجة، أو كانت الزوجة البنت، وإن لم يدخل بها، وهو مراده **بالصغرى**، حرمت المملوكة على التأبيد، وَأَمَّا إن لم يدخل بالزوجة، وهي الكبرى، فله إذا أبانها أن يطأ البنت؛ لأن العقد على الأم لا يحرم البنت.

(ص): (**والمعتدة من نكاح أو شِبْهِهِ إِذَا وُطِئَتْ بِنِكَاحٍ أو شِبْهِهِ حَرُمَتْ عليه أبدًا على المشهور لقضاء عُمَرَ مِنْ غَيْرِ مُخَالِفٍ**)

(**ش**): هذا راجعٌ إلى مَا تَقَدَّمَ في الموانع من قوله: (والمعتدة).

وقوله: (أو شبهه) يحتمل أن يريد به الاستبراء من الأنكحة الفاسدة التي تفسخ بعد البناء، ويحتمل أن يريد استبراء أم الولد من وفاة سيدها، فإنه سوى في "المدونة[(١)]" بينهما وبين المعتدة من نكاح.

وقوله: (إذا وُطِئَتْ بِنِكَاحٍ أو شبهه) ظاهر.

وقوله: (على المشهور) يعني أن المشهور تحريمها على التأبيد.

وقيل: لا تحرم، وَلَهُ أَنْ يتزوجها بعد ذلك.

والمشهور ومقابله لمالك.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٥.

ففي "الجلاب": ومن نكح امرأةً في عدتها من طلاقٍ أو وَفَاةٍ وهو يعلم بتحريمها، ودخل بها، فروايتان:

إحداهما: أَنَّهُ زَانٍ، وعليه الحد، ولا يلحق به الولد، وله أن يتزوجها إذا انقضت عدتها.

والرواية الأخرى: أن الحد ساقطٌ عَنْهُ، والمهر له لازم، والولد به لاحق، وَيُفَرَّقُ بينه وبينها، ولا يتزوجها أبدًا.

وعين صاحب " الاستذكار " وغيره المشهور كما قال المصنف.

وأما إن وطئها جاهلا، فلا أعلم خلافًا في التحريم.

ابن حبيب: وإن تزوج في العدة ووطئ، أو قبَّل، أو بَاشَرَ، أو غمز، أو نظر على وجه اللذة، فعليهما العقوبة، وعلى الولي والشاهد إن علم أنها في عدة، إلا إن جهل.

وقال ابن المواز: يحد الزوجان إن تعمدا ذلك.

الباجي: فيحمل قول ابن حبيب على من علم بالعدة، وجهل التحريم، ولم يتعمد ارتكاب المحظور، وعلى ذلك ضربه عمر بالمخفقة، وعلى قول ابن المواز على أنهما علما بالتحريم وتعمدًا ارتكاب المحظور.

وقوله: (لقضاء عمر)؛ أي: بالتأبيد من غير مخالف.

هكذا ذكر القاضي عبد الوهاب أَنَّهُ لَمْ يُخَالِف عمر غيره، وإن عليا وافقه.

لكن ذكر في "الاستذكار " أَنَّهُ رُوي عن علي خلاف ذلك من وجوه، وأنه يتزوجها بعد العدة، قال: روي عن ابن مسعود مثله.

قال: وروى الثوري أن عمر رجع عَمَّا ذكر عنه المصنف. وما ذكره المصنف من القضاء هو في "الموطأ".

(ص): (وفي غير البائن قولان)

(ش): القول بأنَّهَا لا تُحَرَّمُ لابن القاسم؛ لأن الرجعية زوجة، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ وطئ زوجة الغير.

قال في "المدونة[1]": وقال غير ابن القاسم: هو نكاحٌ في عِدَّةٍ.

مالك: وللأوَّل الرجعة قبل فسخ نكاح الثاني وبعده.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٥.

(ص): (**فإن لم توطأ أو وُطِئَتْ بَعْدَ العِدَّةِ فَفِي التأبيد قولان**)

(**ش**): أي: فَإِنْ حصل العقد فقط، فهل تحرم بذلك على التأبيد؟

حكى القاضي أبو محمد في ذلك روايتين، ولا شَكَّ في فسخ النكاح، وأما إذا عقد في العدة ووطئ بعدها فذكر المصنف قولين، وهما في "المدونة[1]"، ففيها: قال مالك وعبد العزيز: ومن نكح في العدة وبنى بعدها فسخ نكاحه، وكان كالمصيب فيها.

وقال المغيرة: لا يحرم عليه نكاحها إلا بالوطء في العدة.

وقال ابن القاسم: عن مالك: يفسخ هذا النكاح وما هو بالحرام البيِّن.

قال في الكافي: وقول مالك وعبد العزيز هو تحصيل المذهب.

ولا يخفى عليك توجيه هذه الأقوال.

فرع:

فإن تزوج امرأته المبتوتة في عدتها، فقال ابن نافع: تحرم عليه كالنكاح في عدة الغير.

وقلل ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك: لا تحرم؛ لأنه لم يكن ممنوعًا للعدة بل لكونها تتزوج غيره.

(ص): (**وفيها: فإن قَبَّلَ أو بَاشَرَ حُرِّمَتْ عليه لِلأبَدِ**)

(**ش**): يعني: في العدة؛ لأن مقدمات الوطء كالوطء.

واختلف قول ابن القاسم في "الموازية"، فقال مرة: تحرم.

وقال مَرَّة: أُحِبُّ إلي ألا ينكحها بغير قضاء.

وقال: في "الموطأ " نفسه اختلاف، فكيف بما دونه.

محمد: وإن أرخيت الستور، ثم تقاررا أنه لم يمسها، لم تحل أبدًا.

وفي "البيان": أن القبلة والمباشرة بعد العدة لا يقع التحريم بهما اتفاقًا.

خليل: وفيه نظر؛ لأنه قد تقدم أن عبد الوهاب حكى رواية بأنه تحرم بمجرد العقد، فيكف بالمباشرة والقبلة بعد العدة؟

قال: وقد حكى صاحب " البيان " هذا القول إلا أن يقال: لعل مراده بالاتفاق اتفاق من عدا هذا القول، والله أعلم.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٦.

(ص): **(فإن كان من زنًى أو ملك فقولان)**

(ش): يعني: إذا نكح المستبرأة من زنا أو ملك فقولان.

والقول بالتحريم في المستبرأة من زنا لمالك، وبه أخذ مطرف؛ لأن العلة، وهي الاستعجال قبل الأوان واختلاط الأنساب حاصلة.

والقول بعدم التحريم لابن القاسم وابن الماجشون؛ لأن الزاني لا يلحق به الولد، فلم يكن وطء هذا يدخل اشتباهًا في الولد.

ابن القاسم: وسواء كانت حاملا أو لا.

ثم رجع فقال: أمَّا في الحمل فتحرم عليه ولا تحرم على غيره.

وروي ذلك عن مالك وقال أصبغ: أكرهه في الحمل.

والقياس أنه وغيره سواء، ولا أحب أن يتزوجها في ذلك كله.

قال في "البيان": والقول الذي رجع إليه ابن القاسم لو عكس لكان أصوب؛ لأن فيه إذا وطئ غير الحامل اختلاط الأنساب، وأما من زنت زوجته فوطئها زوجها في ذلك الماء فلا شيء عليه.

ابن المواز: ولا ينبغي أن يطأها في ذلك الماء.

وقال أشهب: الحامل من زوجها حملا بَيِّنًا إذا وُطِئَتْ غَصْبًا لم أَرَ بَأْسًا أَنْ يَطَأَهَا زَوجُهَا فيه.

أصبغ: أكرهه، وليس بحرام، وأرى مالكًا كرهه.

ابن حبيب: وإن تكن بينة الحمل، فلا يطؤها إلا بعد ثلاث حيض.

أما القولان فِيْمَنْ وَطِئ المستبرأة مِنْ ملك اليمين:

فالمشهور، وهو مذهب " المدونة[1]": أَنَّهُ إِذَا دَخَلَ نكاح على ملك أو ملك على نكاح، فهو كالمصيب في العدة. وقاله سحنون. وروي أيضًا عنه: أنَّه لَيْسَ كالتزويج في العدة، فردَّه في الأول إلى نكاح على نكاح، وفي الثاني إلى **ملك على ملك**.

(ص): **(فإن وطئت بملك فقولان)**

(ش): المشهور التحريم كما ذكرنا.

(ص): **(فإن وُطِئَتْ بِزِنًى أو بملك عن ملك لم يتأبد)**

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٦.

(ش): يعني فإن زنا بالمعتدة أو وطئ المشتري المستبرأة من البائع (لم يتأبد) وهو ظاهر.

تنبيه:

الصور أربع:

١ - نكاح على نكاح.

٢ - وملك على ملك.

٣ - ونكاح على ملك.

٤ - وملك على نكاح.

والمصنف تكلم على الأربعة، فأشار إلى النكاح على النكاح بقوله أولا: (والمعتدة من نكاح... إلخ)

وأشار إلى الملك على الملك بقوله: (أو بملكٍ عَنْ مِلْكٍ) وإلى النكاح على الملك بقوله: (وإن كان من زنى أو ملك فقولان) وإلى عكسها بقوله: (فإن وكئت بالملك فقولان) والله أعلم.

(ص): **(وتصريح خطبة المعتدة حرام والتعريض جائز. قالوا: ومثل: إني فيك لراغب، ولك محب، وبك معجب: تعريض)**

(ش): قوله: (المعتدة) يشمل كل معتدة من وفاةٍ أو طَلاقٍ، وَحَرَّم التصريح؛ لقوله تعالى: ﴿وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلا أَنْ تَقُولُوا قَوْلا مَعْرُوفًا وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

فتضمنت الآية الكريمة إباحة التعريض، وما يضمره في النفس، والمنع من المواعدة بالنكاح.

واختلف في معنى قوله تعالى: سِرًّا، فقال ابن عباس وعكرمة ومجاهد والشعبي والسدي وقتادة وسفيان: لا يأخذ ميثاقها، وهي في عدتها ألا تتزوج غيره.

وقيل: السر ههنا الزنا.

اللخمي: وليس بحسن؛ لأن الزنا محرم في العدة وغيرها.

والتعريض: ضد التصريح، مأخوذ من عرض الشيء وهو جانبه، وهو أن يضمن كلامه ما يصلح للدلالة على المقصود وغيره، إلا أن إشعاره بالمقصود أتم، ويسمى

تلويحًا، والفرق بينه وبين الكناية أنَّ التعريض ما ذكرناه، والكناية هي التعبير عن الشيء بلازمه كقوله في كريم: شخص طويل النجاد كثير الرماد.

ابن عبد السلام: والمذهب جواز التعريض في كل معتدة سواء كانت من وفاةٍ أو طلاقٍ، وأجازه الشافعي في عدة الوفاة، ومنع منه في عدة المطلقة طلاقًا رجعيًا. واختلف قوله في عدة الطلاق الثلاث.

وتبرأ المصنف بقوله (قالوا) لإشكاله؛ لأن هذه الألفاظ قريبة من التصريح، وكهذه الألفاظ: إن النساء من شأني، وإنك علي لكريمة، وإذا حللت فأذني لي، وإن قدر الله خيرًا يكن، وإن الله لسائق إليك خيرًا، وإنك لنافعة.

وأشد من ذلك مَا أَجَازَهُ مَالِكٌ مِنَ الإهْدَاءِ لَهَا ورآهُ مِنَ التَّعريضِ، قال: ولا أُحِبُّ أن يُفْتَى به إلا من تحجزه التقوى عَمَّا وراءه.

ومنع ابن حبيب الإهداء إلا لذوي النهى.

المتيطي: والذي يكره وجهان:

أحدهما: العدة.

والثاني المواعدة.

فأما العدة فهي أن يعد أحدهما بالتزويج دون أن يوعده الآخر بذلك، وهي تكره ابتداءً باتفاق، مخافة أن يبدو للواعد منهما فيكون قد أخلف العدة، فإن وقع وتزوجها بعد العدة مضى النكاح ولم يفسخ ولا يقع به تحريمٌ بإجماعٍ.

وأمَّا المواعدة، فهي التي نهى الله تعالى عنها، وهي أن يعد كل واحد منهما صاحبه، وهي مفاعلة، ولا تكون إلا من اثنين. ثم ذكر ما ذكره المصنف.

(ص): **(فإن صرح كره له تزويجها بعد العدة)**

(ش): لأجل ما ارتكبه من النهي.

وعلى القول بفسخ هذا النكاح يكون تزويجها ممنوعًا، وسيأتي.

ابن المواز: ومواعدة الأب في ابنته البكر والسيد في أمته كمواعدة المرأة، وأمَّا الولي الذي لا يزوجها إلا بإذنها فيكره، وإن وقع لم يفسخ.

(ص): **(فإن تزوجها فالمشهور يستحب له فراقها بطلاقه، ثُمَّ تعتد منه إن دخل، ثم يخطبها إن شاء وروى أشهب يفرق بينهما)**

(ش): أي: فإن تزوج من صرح لها بالخطبة في العدة، وتصوره ظاهر.

وقوله في رواية أشهب: (يُفَرَّقُ بينهما)؛ أي: وجوبًا، علم ذلك من مقابلته له بالمشهور، قال في الرواية: ولو دخل.

المتيطي: قال أشهب: ولا تحل له أبدًا.

وذكر ابن يونس وغيره أنَّ قول ابن القاسم اختلف في هذه المسألة في غير "المدونة[(١)]"، فقال مرة: يفسخ بقضاء.

وقال مرة: بغير قضاء.

(ص): (وَتَحْرُمُ خطبة الراكنة للغير، وإن لم يقدر الصَّدَاقُ عَلَى المشهور. قال ابن القاسم: وذلك في المتقاربين فأما فاسق وصالح فلا)

(ش): لما في "الموطأ " وغيره أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: "لا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ"[(٢)].

واشترط الركون؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم " أَبَاحَ خِطْبَةَ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ لأَسَامَةَ وَقَدْ كَانَ خَطَبَهَا مُعَاوِيَةُ وَأَبُو جَهْمٍ، وَأَيْضًا فَلأَنَّهَا لَمَّا ذَكَرَتْ لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَنَّ مُعَاوِيَةَ وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَاهَا، وَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ عليه الصلاة والسلام"[(٣)].

ومن العادة أنهما لا يخطبان دفعة دل ذلك على جواز الخطبة على الخطبة، وقد يقال: إن أسامة لم يخطب وإنما أرشدها صلى الله عليه وسلم لنكاحه، فإذا نكحها لم تنكح من خطبها على خطبة غيره، والركون: ظهور الرضا.

والقول باشتراط تقدير الصداق لابن نافع، وهو ظاهر " الموطأ"، والمشهور قول ابن القاسم، وابن وهب، وابن عبد الحكم، ومطرف، وابن الماجشون.

ورأى في الأول أنَّ الركون لا يحصل من غير تقدير الصداق؛ لأن اختلافهما عند تقدير الصداق كثير.

فقوله: (على المشهور) راجعٌ إلى قوله: (وإن لم يقدر الصداق).

وقوله: (قال ابن القاسم)... إلخ، تصوره ظاهر.

وقد تقدم أنَّ للمرأة ومن قام لها فسخ نكاح الفاسق.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٧.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١١١١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) انظر: معرفة السنن والآثار، برقم (٤٧٥٥).

فرع:

قال مالك في سماع ابن أبي أويس: أكره إذا بعث الرجل رجلا يخطب له امرأة أن يخطبها الرسول لنفسه وأراها خيانة، ولم أر أحدًا رَخَّصَ فِي ذَلِكَ.

(ص): **(فَإِنْ عَقَدَ فَثَالِثُهَا: يُفْسَخُ قَبْلَهُ لا بَعْدَهُ)**

(ش): القول بالفسخ قبل البناء وبعده لابن القاسم، ومقابله لسحنون.

والثالث: قال في "الاستذكار" و"الكافي": هو المشهور.

والأقوال الثلاثة لمالك على عدم الفسخ.

قال ابن وهب: يُسْتَحَبُّ لِلْعَاقِدِ أَنْ يَتُوبَ ويعرضها عَلَى الخَاطِبِ أَوَّلا، فإن حلله رجوت له في ذلك مخرجًا، فَإِنْ أَبَى فليفارقها، فإن أنكحها الأول، وإلا فلهذا أن يستأنف نكاحها، وليس يقضى عليه بالفراق.

عيسى: وإن لم يطلقها فليستغفر الله ولا شيء عليه.

(ص): **(والسبي يهدم النكاح إلا إذا سُبِيَتْ بَعْدَ أَنْ أسلم الزوج، وهو حَرْبِيٌّ أو مستأمن فأسلمت فإن لم تسلم فُرِّقَ بينهما؛ لأنها أمة كتابية وهي وولدها وماله في بلد الحرب فَيْءٌ، وقيل ولده الصغار تَبَعٌ، وكذلك ماله إلا أن يُقْسَمَ فيستحقه بالثمن)**

(ش): قد تَقَدَّمَ هذا في الجهاد، وتقدم لنا فيه كلام على الولد والمال.

والاستثناء في قوله: (إلا إذا سُبِيَتْ) وأخرنا الكلام على فسخ النكاح إلى هنا، وفيه أربعة أقوال:

ابن راشد: والمشهور ما ذكره المصنف وَهُو أَنَّ السَّبي يهدم النكاح سواء سُبِيَا مَعًا أو مفترقين، قدم أحدهما بأمان أم لا، ولا سبيل له عليها إلا بنكاح جديد. انتهى.

وفهم " المدونة[1]" على هذا ابن لبابة وأبو إسحاق.

والثاني: أن السبي يبيح فسخ نكاحهم إلا أن يقدم أحدهما بأمان، وهو قول ابن حبيب في "الواضحة".

والثالث: أنهم على نكاحهم إلا أن تسبى هي فيفوتها سيدها بوطء قبل أن يقدم زوجها. وهو قول محمد، وفهم أبو بكر بن عبد الرحمن " المدونة[2]" على هذا.

الرابع: إن سبيا معًا أو سبي هو، واستبقي من القتل فهو على نكاحهم، وإن سُبِيَتْ

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٨.

هي قبل حَلَّتْ لمالكها. وهو مرويٌّ عن مالكٍ أيضًا.

ودليل المشهور قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٤] وهن ذوات الأزواج ﴿إِلا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وهن المسبيات.

وقال جماعة من أهل التفسير: المحصنات هن جماعة من النساء لا يحللن إلا بالتزويج أو بملك اليمين.

والأول هو الظاهر لما في "الصحيح": "أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ يَومَ حُنَيْنٍ بَعَثَ جَيْشًا إِلَى أَوْطَاسٍ فَلَقُوا عَدُوًّا فَقَاتَلُوهُمْ وَظَهَرُوا عَلَيْهِم، وَأَصَابُوا لَهُم سَبَايَا، فَكَانَ نَاسٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم تَحَرَّجُوا مِنْ غِشْيَانِهِنَّ مِنْ أَجْلِ أَزْوَاجِهِنَّ فَأَنْزَلَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء:٢٤]"(١).

(ص): **(والجمع بين الأختين وكل محرمتين، محرم، وضابطه كل امرأتين بينهما من القرابة أو الرضاع ما يمنع نكاحهما لو كانت إحداهما ذكرًا، وزيد من القرابة لأجل المرأة مع أُمِّ زوجها، ومع ابنته، فتحرم أختها وعمتها وَإِنْ عَلَتْ لأبٍ أَو لأمٍّ وَخَالَتُهَا كَذَلِكَ)**

(ش): هذا راجع إلى قوله في المحرمات: (والمحرمة الجمع) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣].

وروى الترمذي وصححه: "أَنَّه عليه الصلاة والسلام نَهَى أَنْ تُنْكَحَ المَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا، وَالعَمَّةُ عَلَى بِنْتِ أَخِيهَا، وَالمَرْأَةُ عَلَى خَالَتِهَا، وَالخَالَةُ عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا، وَلا تُنْكَحُ الصُّغْرَى عَلَى الكُبْرَى، وَلا الكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى"(٢).

والعلة في المنع كونه يُؤَدِّي إلى التقاطع والتدابر للغيرة التي بين الضرائر.

وضبطه أصحابنا بما ذكره المصنف وهو (كل امرأتين.. إلخ) ولم يَكْتَفِ بالضابط عن ذكر الأختين أولا؛ لأن الأختين هُمَا الأصل في هذا الباب؛ لأنهما متضمن الآية

(١) انظر: صحيح مسلم، برقم (١٤٥٨).

(٢) أخرجه الترمذي، برقم (١١٢٦) حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ لا نَعْلَمُ بَيْنَهُمُ اخْتِلافًا، أَنَّهُ لا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا، فَإِنْ نَكَحَ امْرَأَةً عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا أَوِ الْعَمَّةَ عَلَى بِنْتِ أَخِيهَا فَنِكَاحُ الأُخْرَى مِنْهُمَا مَفْسُوخٌ، وَبِهِ يَقُولُ: عَامَّةُ أَهْلِ الْعِلْمِ قَالَ أَبُو عِيسَى: أَدْرَكَ الشَّعْبِيُّ أَبَا هُرَيْرَةَ، وَرَوَى عَنْهُ، وَسَأَلْتُ مُحَمَّدًا عَنْ هَذَا، فَقَالَ: صَحِيحٌ قَالَ أَبُو عِيسَى: وَرَوَى الشَّعْبِيُّ، عَنْ رَجُلٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ.

الكريمة، وشأن العلماء ذكر الأصول أولا كقول ابن الجلاب: يستحب لمن استيقظ من نومه غسل يديه قبل أن يُدخلهما في إنائه، وكذلك كل منتقض الطهارة.

وقوله: (وزيد: من القرابة)؛ يعني: وزيد في الضابط قولنا (من القرابة)، لتخرج المرأة مع أم زوجها؛ لأنك لو قدرت أم الزوج ذكرًا لم يجز له أن يتزوج المرأة؛ لأنها حليلة ابنه لكن ليس بينهما قرابة، وكذلك المرأة مع بنت زوجها، فإنك لو قدرت البنت ذكرًا لم يجز له أن يتزوج المرأة؛ لأنها حليلة أبيه لكن ليس بينهما قرابة. فزاد قوله (من القرابة) ليخرج هاتين الصورتين، فإن الجمع فيهما جائز.

وأخرج عبد الوهاب هاتين الصورتين بغير هذه الزيادة، فقال: لو قدرت كل واحدةٍ ذكرًا. لأنك إذا قدرت أن المرأة في المثال الأول ذكر جاز له أن يتزوج أم الزوج، وكذلك لو قدرت المرأة في المثال الثاني ذكرًا جاز له أن يتزوج البنت؛ لأنها ابنة رجلٍ أجنبي.

وقوله: (فتحرم أختها عمتها وإن علت لأب أو أم وخالتها كذلك) أتى بالفاء؛ لأنها كالنتيجةِ عمَّا قبله.

قوله (لأب أو أم) يحتمل معنيين:

أحدهما: أن العمة قد تكون أخت لأبيه خاصَّة، أو أخته من أمِّهِ خَاصَّة، فإذا حرم بأحدهما فأحرى إذا اجتمعا.

والثاني: أن العمة كَمَا تكون من جهة الأب كذلك تكون من جهة الأم؛ لأن أخت الجد للأم تسمى عمة عندهم، وأخ الجد لأم عم، هكذا قال ابن عبد السلام.

(ص): **(فإن اجتمعتا فُسِخَا أبدًا)**

(ش): أي: فإن جمع الأختين ونحوهما في عقد فسخ العقد قبل الدخول وبعده ولو ولدت الأولاد ولا خلاف فيه.

(ص): **(ويفسخ نكاح الثانية أبدًا بغير طلاقٍ ويقبل قوله إلا أن تخالفه المتروكة فيحلف للمهر ويفسخ حينئذٍ بطلاق)**

(ش): لا إشكال في الفسخ بغير طلاق؛ لأنه مُجْمَعٌ عَلَى فساده، فإن جهل التاريخ، قال المصنف قبل قوله في تعيين الثانية إن وافقته الثانية على ذلك. هكذا قال أشهب ومحمد.

اللخمي: والجاري على مذهب " المدونة[1]" من عَدَمِ قَبُولِ تَعْيينِ المرأة الأول في مسألة الوليين عدم قبول قوله هُنَا.

وقوله: (إلا أن تخالفه المتروكة فيحلف للمهر ويفسخ حينئذٍ بِطَلاقٍ) ونحوه لمحمد والباجي.

وقوله: (للمهر)؛ أي: لأنه مدع لسقوط نصف صداقها، وعندي فسخ نكاحها يكون طلاقًا.

اللخمي: وهذه المسألة على سبعة أوجه:

١ - إما أن يقول الزوج: لا علم عندي. وتدعي كل واحدة أنها الأولى.

٢ - أو لا علم عند الجميع أيتهما الأولى.

٣ - أو تدعي واحدة أنها الأولى، وتقول الأخرى: لا علم عندي.

٤ - أو يدَّعِي الزوج العلم دونهما.

٥ - أو تخالفه كل واحدة وتقول: أنا الأولى.

٦ - أو تخالفه إحداهما، وتقول الأخرى: لا علم عندي.

٧ - أو يكون العلم عند جميعهم، فإن قال الزوج: لا علم عندي. وادَّعَتْ كُلُّ واحدةٍ منهما أنها الأولى، فُسِخَ النكاحان جميعًا.

مالك في "الموازية": ولكل واحدةٍ نِصْفُ صَدَاقِهَا، وعليه فيكمل لهما الصداق في الموت.

وقال ابن حبيب: إِذَا مَاتَ يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ صَدَاقِهَا والميراث، وعليه فيكون عليه في الحياة ربع الصداق فقط، وتحلف كل واحدةٍ لصاحبتها أنها الأولى، فإن حلفت إحداهما، ونكلت الأخرى، فالصداق لمن حلفت منهما، وهو أقيس.

وإن ادَّعَت إحداهما العلم، وقالت الأخرى: لا علم عندي حلفت المدعية العلم واستحقت النصف، ولا شي للأخرى، فإن نكلت اقتسماه، وإن اعترف الزوج لواحدة غرم للتي اعترف لها نصف الصداق، وحلف للأخرى وبرئ، فإن نكل غرم لها نصف صداقها.

وإن ادَّعى جميعهم العلم: الزوج والأختان، كان الجواب كالتي قبلها تأخذ التي

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٨.

أقرَّ لها بغيرِ يمينٍ ويحلف الزوج للأخرى ويبرأ، فإن نكل حلفت التي أنكرها واستحقت، وإنما تخالف هذه التي قبلها في رد اليمين.

وإن ادَّعَى الزوج الجهل بالأولى فسخ النكاحان، ولا ينظر إلى ما عند الأختين من علمٍ أو جهلٍ.

وإن ادَّعَى العلم، وقال: هذه الأولى، فذكر ما ذكره المصنف بقوله: (ويُقْبَلُ قَولُهُ.... إلخ) وإن شهدت عليه البينة بالنكاحين فأقر بإحداهما، وكذب الأخرى فسخ النكاحان بخلاف التي قبلها. انتهى بمعناه.

(ص): (**وَيَحِلُّ لَهُ تزويجها ببينونة الأولى بِخُلْعٍ أو بت أو انقضاء عدة**)

(**ش**): يعني: أنَّ التحريم بين الأختين إِنَّمَا هُو تحريم جمع، فإذا أبان الواحدة حَلَّتْ الأخرى، وبينونتها بأحد ثلاثة أوجه كَمَا ذكر المصنف؛ وهي: الخلع، والبت وهو الطلاق الثلاث، وانقضاء الطلاق الرجعي.

(ص): (**فإن قال انقضت وأكذبته لم يقبل منه وإن أمكن كالنفقة والسكنى**)

(**ش**): إنما لم يقبل قوله؛ لأن ذلك لا يعرف إلا من قولها، وهنَّ مأمونات على فروجهن.

وقوله: (كالنفقة والسكنى)؛ أي: سواء كما تلزمه النفقة والسكنى، إذا قالت: عدتي لم تنقض، ويكون القول قولها.

ابن محرز: قال بعض المذاكرين: ويكون عليها اليمين في النفقة والسكنى، وأما في العدة فلا.

ونقل ابن بُشَيْر هَذَا عَنِ الأشْيَاخِ، قال في "النكت": قال بعض شيوخنا من القرويين في المرأة التي طلقها زوجها طلاقًا رجعيًا، فإن أراد أن يتزوج أختها أو خامسة، فقالت: احتبس الدم عني، فهي مصدقة فيه حتى تنقضي لها سنة، فإن ادَّعَت التحريك بعد السنة لم تصدق على الزوج؛ لأن ذلك يظهر فينظر إليها النساء، فإن صدقنها وإلا لم يلزم الزوج أن يتربص إلى أقصى الحمل.

ومن هذا ما وقع لابن زرب فيمن مات وادَّعت امرأته أنها حامل، وورثته عصبته، فأرادوا القسمة، ومرَّ لَهَا عام فأكثر، فأرى أن ينظر إليها النساء، قال: والنظر أحسن إذا استبان اللدد.

(ص): (**وفي معنى النكاح وطء ملك اليمين**)

(ش): لما كان جمع الأختين على ثلاثة أقسام: بنكاحٍ، وبملكٍ، وبنكاحٍ وملكٍ، وتكلم على الأول شرع في الأخريين.

يعني: إن وطئهما بالملك حرام كنكاحهما. ولا خلاف فيه عندنا.

(ص): **(وإذا وطئ إحداهما حرمت الأخرى ما لم يُحَرِّم الموطوءَةَ بِبَيْعٍ أَو كِتَابَةٍ أَو تَزْوِيجٍ صحيحٍ يُقَرَّانِ عليه أو عِتْقٍ نَاجِزٍ أو مُؤَجَّلٍ أو أسرٍ أو إِبَاقٍ إِيَاسٍ)**

(ش): قوله: (حرمت الأخرى) لأنه لو لم تحرم لجاز الجمع، والحكم خلافه.

ثُمَّ بَيَّنَ مَا تحرم به الأولى بقوله: (ببيع... إلخ).

وقوله: (ببيع أو كتابة) أما البيع فظاهر، وأما الكتابة، فلأنها أحرزت نفسها ومالها وليس للسيد وطؤها، والأصل عدم إعجازها.

واختار اللخمي أن الكتابة غير كافية في التحريم؛ لأنها قد يظهر بها حمل.

وقوله: (أو تزويج صحيح يُقَرَّانِ عَلَيْهِ) احترز بالصحيح من الفاسد كالمتعة، (وَيُقَرَّانِ عليه) من الصحيح الذي لا يُقَرَّان عليه كنكاح العبد بغير إذن السيد، والصبي كذلك، ونكاح المغرور بالعيب.

وقول ابن عبد السلام: أن كون التزويج صحيحًا يستلزم أن يقرا عليه. فلفظ (يقران عليه) كالحشو ليس بظاهر.

(ص): **(ولا أَثَرَ لِعَارِضٍ كحيضٍ، وعدَّة شبهة، وردة، وإحرام، وظهار)**

(ش): لأن زمان الحيض يسير، ولأن مقدمات الجماع لا تحرم فيه، وكذلك عدة الشبهة؛ أي: إذا غلط بها، والردة وإن كانت تحرم الوطء في الحال، إلا أن زمان الاستتابة قصير، وهو ثلاثة أيام والغالب مع تقدم الإسلام، والخوف الرجوع إلى الإسلام، والإحرام أيضًا قصير الزمان، والظهار لأنه قَادِرٌ على رَفْعِ التحريم بالكَفَّارَةِ.

(ص): **(ولا بِهِبَتِهَا لِمَنْ يَعْتَصِرُهَا منه ولو يتيمًا في حجره؛ إذ له انتزاعها بالبيع)**

(ش): تصوره ظاهر، وقد ذكر رحمه الله الحكم وعلته، فإن تصدق بها على ولده، وحيزت له جاز له وطء الأخرى؛ لأنه لا اعتصار في الصدقة، وإن لم تحز فلا.

قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن: لأن الواهب لو أعتق قبل القبض أو أجلها لمضى فعله وانتقضت الهبة.

قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن: لأن الواهب لو أعتق قبل القبض أو أجلها لمضى فعله، وانتقضت الهبة.

(ص): (**ولا بيع فاسد إلا أن يفوت**)

(ش): لأنه قبل الفوات لا ينتقل ملك البائع عنه وستعلم هذا في البيوع.

(ص): (**بخلاف صحيح دلس فيه بعيب**)

(ش): أي: فإنها تحل، وهذه النسخة هي الصحيحة لا ما وقع في بعضها ولا صحيح؛ لأن في "التهذيب " في آخر كتاب الاستبراء: وإن باعها وبها عيب حلت له أختها، وهو بيع تام حتى يردها.

ووقع في بعض النسخ زيادة على المشهور، وهي زيادة صحيحة؛ لأن في "الموازية " أن ذلك ليس بتحريم، كما نقله اللخمي وغيره.

(ص): (**ولا استبراء ولا خيار ولا عهدة؛ يعني الثلاث**)

(ش): تصوره ظاهر، وقوله (الثلاث)؛ أي: عهدة الثلاث بخلاف عهدة السنة لطول زمانها.

فرع:

ابن حبيب: ولو أخدمها شهرًا أو سنة أو شبه ذلك لم تحل له أختها، وإن أخدمها سنين كثيرة، أو حياة المخدم، فذلك تحل له أختها.

(ص): (**فلو وطئ منع منهما حتى يحرم أيتهما شاء**)

(ش): أي فلو وطئ الثانية بعد وطء الأولى منع منهما حتى يحرم أيتهما شاء، فإن حرم الثانية استمر على وطء الأولى.

اللخمي: وإن عاود الأولى قبل التحريم لم يطأ واحدة منهما إلا بعد الاستبراء، وله أن يطأ إحداهما ويؤتمن على ألا يصيب الأخرى.

(ص): (**ولو مَلِكَ وَوَطِئَ، ثُمَّ عقد فقال ابن القاسم: يُمْنَعُ فإن وقع حَرَّمَ من شاء، وقال أشهب: لا يُمْنَعُ والعقد محرم للأمة. وقال عبد الملك: يفسخ**)

(ش): هذا هو القسم الثالث، وله صورتان:

إحداهما: أن يتقدم الملك ووطء المملوكة.

والثانية: أن يتقدم النكاح.

وذكر المصنف في الصورة الأولى ثلاثة أقوال، والثلاثة في "المدونة[1]"، ففيها:

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٩.

ومن وطئ أمة بملك، ثم تزوج أختها لم يعجبني ذلك؛ إذ لا يجوز له أن ينكح إلا في الموضع الذي يجوز له فيه الوطء، إلا أنه لا يفرق بينه وبين امرأته، ويُوقف عنها حتى يحرم أيتهما شاء.

فإن اختار فسخ النكاح قبل البناء، فهل يلزمه نصف الصداق أم لا؟

فيخرجه بعضهم على المجوسي يسلم على عشرة، واختار أربعة على ما سيأتي بعد من يكون لها صداقها.

سحنون: وقد قال عبد الرحمن: إنَّ النِّكاح لا ينعقد، وهو أحسن قوليه.

وقال أشهب في كتاب الاستبراء: عَقْدُ النكاح تحريمٌ للأَمَةِ كان يطأ أم لا. انتهى.

قال بالفسخ عبد الملك، ومطرف، وابن الماجشون، وأصبغ.

وهو أقيس لما أشار إلى توجيهه في الرواية أنه لا يجوز النكاح إلا حيث يجوز الاستمتاع، ولا يستثنى من ذلك إلا الحيض والنفاس.

قال ابن دينار على القول الأول: وأحبُّ إليَّ أن يحرم فرج التي كان يطأ، ثم له حينئذٍ وطء الثانية.

(ص): (**ولو عقد ثُمَّ اشترى وَوَطِئَ الأولى فلو وطئ المشتراة كَفَّ عنهما حتى يحرم من شاء**) (ش): هذه هي الصورة الثانية من القسم الثالث.

قوله: (وطئ الأولى)؛ أي: الزوجة. وكلامه ظاهر، وهل يكفي في تحريم الأمة إن يقول لها: إن وطئتك فأنت حرة؟ وفي تحريم الزوجة أن يقول: إن وطئتك فأنت طالقٌ ثلاثًا؟

نَصَّ عبد الملك على أن ذلك في الأمة ليس بتحريم؛ لأن أول الإصابة حلال.

اللخمي: وعلى القول بعدم التمكين من الإصابة يكون ذلك تحريمًا.

وزعم ابن بُشَير أن المذهب عدم التمكين، وَحَاوَلَ رد تخريج اللخمي بوجه ليس ببين.

(ص): (**والزيادة على أربع ممتنع عَلَى الحُرِّ والعبد، وقال ابنُ وهب: الثالثة للعبد كالخامسة للحر**)

(ش): لا خلاف بين أهل السنة في تحريم مَا زَادَ على الأربع لحديث غيلان الثقفي وغيره خلافًا لِبَعْضِ المبتدعة.

ووجه المشهور في إباحة الأربع للعبد عُمُومُ قَولِهِ تعالى:﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ

مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] الآية.

وقاس ابن وهب ذلك على طلاقه، ويحتمل أن يكون منشأ الخلاف اختلاف الأصوليين في دخول العبيد تحت الخطاب وعدم دخولهم.

(ص): **(فلو نكح خمسًا في عقد فكالأختين)**

(ش): أي: فيفسخ أبدًا.

(ص): **(وأما لو جمع بين أربع وسمى لكل واحدةٍ صَدَاقًا صَحَّ)**

(ش): وهذا لا خلاف فيه.

وقال ابن لبابة: لا أحسبهم يختلفون فيه.

عياض: ما لم يكن شرط أنه إنما يتزوج إحداهما بشرط الأخرى. فإن كان بالشرط.

ابن عبد السلام: يريد: ولم يكن ما سمي لِكُلِّ وَاحِدَةٍ صداق مثلها، فاختلف المتأخرون في ذلك، فأجازه ابن سعدون، ولم يره كالبيوع، وخالفه غيره، ورآه كالبيوع فلا يجوز إلا أن يكون مَا سَمَّاهُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ صداق مثلها.

وهذه المسألة لا تُنَاسِبَ هَذَا الفصل والأليق بها باب الصداق.

(ص): **(فإن أجملهن في صداق واحد ففيها: المنع. وقال أصبغ بالجواز)**

(ش): إنما فيها: لا يعجبني، وفهم المصنف والأكثرون منها المنع، وعلى ذلك اختصرها البرادعي، وحملها بعضهم على الكراهة.

ابن محرز: وينبغي أن تجري على الخلاف في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، وكان ينبغي أن يخفف في النكاح لكونه مبنيًّا على المكارمة وأمَّا في البيوع فلا؛ لأنها مبنية على المكايسة؛ لأن المعاوضة وَقَعَتْ بينهما لمكان الشرط؛ لأنها معاوضة بشيءٍ مجهولٍ؛ إذ لا يَدْرِي أحدهما هَلْ حَطَّ من ثمن سلعته شيئًا لمكان الشرط أم لا، وإن حطه لا يدري أحدهما هل حط من ثمن سلعته شيئًا لمكان الشرط أم لا، وإن حطه لا يدري مقدار الحطيطة، وهذا بالنظر إلى البائع وأما بالنظر إلى المشتري بما يظهر للمنع لمكان ربه، والفرق بينه وبين النكاح ما تقدم.

ونص في "المدونة[1]" على نقل ابن يونس: وإن جملهما في صداق لم يعجبني

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٦٩.

ذلك، وقد بلغني أن مالكًا كرهه؛ لأنه لا يدري ما صداق هذه من صداق هذه.

قيل: فإن طلق إحداهما أو مات عنهما قبل البناء، كم يكون صداقها؟ أيقسم عليهما على قدرهما؟ قال: نكاحهما غير جائز؛ فقوله: (غير جائز) يفهم منه المنع؛ لأن لفظ (لا يعجبني) كثيرًا ما يستعمله مالك في التحريم، ولا يُوجد له استعمال (لا يجوز) في الكراهة.

وبقول أصبغ قال ابن دينار، وابن نافع، وسحنون، وحكي عن مالك: لأن النكاح مبني على المكارمة.

(ص): **(وعلى المنع ففي فسخه قبل البناء قولان)**

(ش): يعني: فإن دخل مضى، وإنما اختلف قبل البناء، فمذهب الشيخ أبي محمد: أنه يفسخ ولا شيء لها، وكذلك قال ابن محرز.

وظاهر قول ابن القاسم: أن النكاح فاسد، وأن المطلقة، والمتوفى عنها لا شيء لهما. ومقتضى قوله أن النكاح يفسخ.

وقال بعض المذاكرين: لهما ما يخصهما من تلك التسمية؛ لأن النكاح أخف من البيوع. ومقتضى هذا أنه لا يفسخ.

وكذلك قال في "التنبيهات": ظاهره على أصله أنه لا شيء لهما؛ لأنه عنده من باب غَرَرِ الصَّدَاقِ؛ إِذْ لا يدري ما صداق هذه من صداق هذه.

ابن يونس: ويحتمل أن يُقَالُ عَلَى قَولِهِ في من نكح بدرهمين، وطلق قبل البناء أنَّ لها نصف المُسَمَّى؛ لأنه إذا راعى قول من يجيز بالدرهمين، وألزمه نصفهما بالطلاق، فمراعاة قول نفسه وقول غيره أولى.

ابن عبد السلام: وهذان القولان المتأخرين مبنيان على المنع ابتداءً، هل هو على الكراهة أو على التحريم؟

(ص): **(وعلى الجواز أو الإمضاء ففي تعيين صداق المثل أو فض المسمى قولان)**

(ش): أي: إِذَا قُلْنَا بجواز النكاح ابتداءً وفرعنا على الإمضاء إما بعد البناء، وإما قبله على أحد القولين، وتصور كلامه ظاهر.

والقول بفض المسمى هو للقائلين بالجواز، لا يمكن أن يأتي على الجواز خلافه، وإن كان ظاهر كلامه أن القولين أيضًا يأتيان على القول بالجواز، وعلى هذا فالقول بصداق المثل إنما هو بعد البناء، وأما قبل البناء، فلا شيء لها على مذهب ابن القاسم

على ما قاله ابن يونس وغيره، ولهذا قال ابن عبد السلام: قال غير المصنف: إنما يُوجد القولان بفض المسمى أو تعيين صداق المثل بعد الدخول، وأن الفض مبني على الكراهة وتعيين صداق المثل مبني على المنع.

وقد يُجَابُ عَنْهُ بأن قوله: (ففي تعيين... إلى آخره)، من باب اللف والنشر، وأن قوله: (ففي تعيين) راجع إلى قوله (أو الإمضاء)، وقوله: (أو فض المسمى) راجع إلى قوله (وعلى الجواز) وفيه بُعد، والله أعلم.

فرع:

ابن يونس: يجوز أن يتزوج امرأتين إحداهما على صداقٍ مسمًّى، والأخرى على تفويضٍ في عقدٍ واحدٍ، وكذلك لو جمعهما في عقدٍ واحدٍ تفويضًا. قال أبو عمران.

(ص): **(والمستوفاة طلاقًا - وهو ثلاث للحر واثنان للعبد - لا تحل بعقدٍ ولا ملك حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا لازمًا ويطؤها وطئًا مُبَاحًا على المشهور. قال ابن الماجشون: ولو في الحيض والإحرام والصيام)**

(ش): هذا راجع إلى قوله في الموانع (والمستوفاة طلاقًا)، وقوله: (لا تحل): خبر عن (المستوفاة).

وقوله: (وهو ثلاثة): جملة وقعت بين المبتدأ والخبر، وهي تفسير لقوله: (طلاقًا).

وقوله: (لا تحل بعقد ولا ملك) يحتمل معنيين:

الأول: لا تحل بعقد الغير عليها، أو بوطء سيدها للذي طلقها ثلاثصا، وهو الأقرب.

والثاني: لا تحل بعقده هو عليها، ولا يملكه هو لها، ولا خلاف في ذلك كله عندنا لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]

ولما في "البخاري"[1] و"الموطأ" و"مسلم"[2]: أَنَّ رِفَاعَةَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثلاثًا فَنَكَحَتْ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ الزُّبَيْرِ فَاعْتَرَضَ وَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَمَسَّهَا فَفَارَقَهَا وَأَرَادَتْ الرُّجُوعَ إِلَى رِفَاعَةَ، فَقَالَ لَهَا صلى الله عليه وسلم: "لَعَلَّكِ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ، لا حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتِكِ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ".

وذَكَرَ المصنف خمسة قيود لتحليل المبتوته لمطلقها:

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٥٢٦٠).

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٤٣٤).

الأول: النكاح.

والثاني: الصحيح.

والثالث: اللزوم.

والرابع: الوطء.

والخامس: أن يكون مباحًا.

وبدأ بالكلام على الأخير طلبًا للاختصار، وهو إباحة الوطء، وذكر أنَّ المشهور اشتراطه خلافًا لابن الماجشون، قال: لأنه وطء في نكاح لا حَدَّ عليه فيه، وذاقت عسيلته، فوجب أن تحل.

وظاهر كلامه أنَّ هذين القولين في كل صيامٍ سواءٌ كان واجبًا أو تَطَوُّعًا، أو في قضاء رمضان أو غيره، وهو رأي الباجي.

ورأى غيره أنه ظاهر " المدونة[1]" و"الموازية"، واختاره ابن رشد، وقال ابن حبيب بعد أن اختار قول ابن الماجشون: إن القولين فيما عدا صيام التطوع، وقضاء رمضان، والنذر غير المعين، وأنَّ الوطء في هذه يحل اتِّفاقًا.

واختاره اللخمي، وهو عنده مذهب " المدونة[2]"؛ لأن الصيام يفسد في الثلاثة بأول الملاقاة، ولأن القضاء والنذر غير المعين مضمون بخلاف رمضان والنذر المعين، فإنه وإن فسد بأول الملاقاة لكنه مخاطب بالإمساك عن التمادي.

وفي "العتبية " عن ابن القاسم أنه لا يحلها الوطء في رمضان ولا في نذر، ووقف في صيام التطوع، وعده ابن رشد ثالثًا.

أبو عمران: وإن وطئها قبل أن تغتسل من الحيض جرى على الخلاف في جواز وطئها حينئذٍ.

(ص): **(وَلا تَحِلُّ بِوَطْءٍ مِلْكٍ)**

(ش): هذا رَاجِعٌ إلى القيد الأول، وهو قوله: (نكاحًا).

(ص): **(ولا بنكاح غير صحيح كنكاح المحلل)**

(ش): هذا راجع إلى قوله (صحيحًا).

ومثل المصنف بنكاح المحلل لشهرته وللاختلاف فيه، ولأنه هو الغالب هنا، وإلا

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٠.

فكلُّ نِكَاحٍ فاسدٍ مُسَاوٍ لَهُ في عدم التحليل، ولا إشكال في عدم الحلية في النكاح الذي يفسخ قبل الدخول وبعده، وأما ما يفسخ قبل البناء فقط، فقال الباجي: إن وطئ بعد المرة الأولى وقع به الإحلال، وأما أول وطء وهو الذي يفوت به النكاح فلم أر فيه نصًّا، وعندي أنه يحتمل الوجهين: الإحلال وعدمه.

ولعله أشار إلى الخلاف المعلوم، هل النزع وطء أم لا؟

ودليلنا على فساد نكاح المحلل ما صححه الترمذي[1] وخَرَّجَهُ أبو دَاوُد[2] والنسائي[3] وابن ماجه[4] وأحمد في "مسنده"[5]: "لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ".

وخرج الدارقطني[6] وابن ماجه[7] عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَلا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ المُسْتَعَارِ. قَالُوا: بَلَى. قَالَ: هُو المُحَلِّلُ. ثُمَّ قَالَ: لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ".

عبد الحق: وإسناده جَيِّدٌ. ولا يُقَالُ أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم سَمَّاهُ مُحَلِّلا؛ لأنا نقول إنما سماه على زعمهم.

(ص): (والمعتبر نية المحلل لا المرأة)

(ش): وإنما اعتبرت نية المحلل؛ لأن الطلاق بيده، وهذا هو المعروف.

وفي "الطرر": إِذَا نَوَى الإحلال مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ لم تحل عند مالك، وأحلها ذلك عند غير واحدٍ من أصحابه، وهو قول سالم والقاسم وأبي الزناد ويحيى بن سعيد قالوا كلهم: يجوز للرَّجُلِ أن يتزوجها ليحلها إذا لم يعلم الزوجين وهو مأجور، ونحوه في الزاهي لابن شعبان. انتهى.

وقال صاحب " الكافي": وقد قيل: ينبغي للأول إذا علم أن الناكح لها لذلك تزوجها، أن يتنزه عن مراجعتها، وكذلك المرأة إذا اشترطت ذلك أو نوته، وقد قيل: إِذَا علم أحد الثلاثة بالتحليل فُسِخَ النِّكَاحُ وهذبا شذوذ.

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١١١٩).

(٢) أخرجه أبو داود، برقم (٢٠٧٦).

(٣) أخرجه النسائي في الكبرى، برقم (٥٥١٢).

(٤) أخرجه ابن ماجه، برقم (١٩٣٤).

(٥) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (٤٢٩٦).

(٦) أخرجه الدارقطني، برقم (٣٥٧٦).

(٧) أخرجه ابن ماجه، برقم (١٩٣٦).

وفي "المتيطية": إن نوى الناكح الإحلال للأول لم تحل له، وعُوقب هو ومن علم بذلك من الزوجة والولي والشهود.

ابن حبيب: وإن تزوجها فإن أعجبته أمسكها، وإلا كان احتسب تحليلها للأول لم يجز ولا تحل للأول لما خالط نكاحه إيَّاهَا من نية التحليل.

محمد: ولو قال المطلق: تزوجي فلانًا، فإنه مطلاق. حلت إن تزوجته. وكذلك إن تزوجته هي لذلك، وإن تزوجها ليمين لزمت.

ففي "البيان": في ذلك ثلاث أقوال:

الأول: يحلها كانت تشبه مناكحه أو لا؛ لأنه نكاح، ولو شاء أن يُقِيمَ عليه لأقام، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك.

الثاني: أنه لا يحلها مطلقًا غير أنها إنْ لم تشبه مناكحه لم يبر، وإن أشهبت بر، وهو قول ابن دينار، وأحد قولي ابن كنانة، ولو أقامت عنده سنتين أو أكثر.

الثالث: الفرق بين أن تشبه مناكحه أو لا، وهو أحد قولي ابن كنانة.

(ص): **(ويفرق بينهما قبل البناء وبعده بتطليقة بائنةٍ، ولها المسمى إذا أصابها على الأصح، وقيل مهر مثلها)**

(ش): نَصَّ مالك على أنه يفرق بينهما قبل البناء وبعده، ولم يتعرض للطلاق، وفَسَّرَ ابنُ المواز بأنه يفسخ بطلاقٍ إنْ أَقَرَّ بذلك قبل البناء وبعد العقد، قال: وأمَّا إنْ أَقَرَّ بذلك قبل النكاح فليس بنكاح. يعني: فيفسخ بغير طلاق.

الباجي: وعندي أنه يدخله الخلاف في النكاح الفاسد المختلف في فساده، هل يكون بطلاقٍ أم لا؟ وهو تخريج ظاهر.

وقول المصنف: (بائنة) ظاهر؛ لأنه من الطلاق الذي يوقعه الحاكم.

واختلف إذا فسخ بعد البناء، فروى ابن الحكم: لها صداق المثل.

وقال ابن المواز: بل المسمى، وهو قول مالك.

الباجي: وهو الأظهر؛ لأن فساده في عقده، وهو الذي قال المصنف أنه الأصح.

ابن عبد السلام: وهذا الاختلاف جار على الاختلاف في الأنكحة الفاسدة للشرط، فأنتج له ذلك؛ أنا إذا فسخناه لنية الزوج الثاني التحليل، ولا شرط هناك أن يكون لها المسمى اتفاقًا، وإليه أشار، انتهى.

وإذا فرق بينهما، فأراد المحلل أن يتزوجها بعد ذلك، فقال مالك: له ذلك.

وروى أشهب: أحب إلي ألا ينكحها أبدًا.

قال: ويجب عليه أن يأتي الأول، فيعلمه أنه قصد تحليلها ليمتنع من نكاحها.

(ص): (**ولا تحل الذمية بنكاح الذمي لفساده على المشهور**)

(**ش**): هذا من معنى الذي قبله، ومعناه: إذا كانت ذمية تحت مسلم، وَطَلَّقَهَا ثلاثًا، وتزوجها ذمي، فلا تحل لمسلمٍ بعد فراق الذمي لها على المشهور.

والقول: بتحليلها لأشهب، وهو مبني على الشاذ عندنا في أن أنكحة الكفار صحيحة.

و (على المشهور) يحتمل أن يتعلق بـ (لا تحل) ويحتمل أن يتعلق بـ (فساده).

ابن عبد السلام: وهو الأظهر؛ لأنه لو تعلق بـ (لا تحل) كان الخلاف منصوصًا في نفي الحلية مع فساد أنكحتهم، فلا يكون القول الشاذ سببًا. انتهى.

وقد يُقَالُ: إنَّ قوله: (لفساده) إنما هو تعليل للمشهور فقط.

وليحيى بن يحيى قول ثالث: إن مات الذمي حلت وإن طلقها فلا.

(ص): (**ولا بنكاحٍ غَيْرِ لازمٍ كنكاح العبد المتعدي، ونكح ذات العيب، أو المغرورة، أو ذي العيب أو المغروب، إلا إذا لزم بإجازة السيد ورضا الزوج أو الزوجة ووطيء بعد اللزوم**)

(**ش**): هذا راجع إلى القيد الثالث، وقوله: (المغرور أو المغرورة)؛ أي: بالحرية، (إلا إذا لزم بإجازة السيد) راجع إلى العبد.

وقوله: (وَرِضَا الزَّوْجِ أو الزَّوْجَةِ) رَاجِعٌ إِلَى صُورَتَي العَيْبِ والغرور.

قوله: (ووطئ بعد اللزوم)؛ يعني: في الخمسة، وهذا أعني أنها لا تحل إذا أجيز النكاح بوطءٍ سَابِقٍ هو المشهور، وعن أشهب في العبد أنها تحل في الوطء المتقدم إذا أجازه السيد.

ومنشأ الخلاف هل الخيار الحكمي كالشرطي أو لا؟ فإن قلنا ليس كالشرطي والأصل فيه اللزوم أحل وإلا فلا.

وانظر هل يتخرج على هذا قول بالإحلال وإن لم يجزه السيد؟

(ص): (**ويكفي إيلاج الحشفة أو مثلها في مقطوعها في القُبُلِ وَلَو كان خَصِيًّا على المنصوص**)

(**ش**): قوله: (ويكفي إيلاج الحشفة)؛ أي: ولا يتوقف الإحلال على الإنزال.

وفَسَّرَ مالك رحمه الله في "الموازية " العسيلة المشترطة بالإيلاج، وروى نحوه ابن مُزَيْن عن عيسى بن دينار سواء أنزل أو لم يُنْزِل.

وقوله: (في القبل) ظَاهِرٌ؛ لأنها لا تذوق العسيلة إلا فيه.

وفهم من قوله: (ويكفي إيلاج الحشفة) أن دون ذلك لا يكفي؛ لأنه بَيَّنَ أَنَّهُ أَقَلُّ مَا يكون به الإحلال.

ابن القاسم: ولو وطئ فوق الفرج، فأنزل، ودخل ماؤه في فرجها، فأنزلت هي، فلا يحصنها، ولا يحللها.

قوله: (ولو كان خَصِيًّا): يعني قائم الذكر مقطوع الخصيتين.

والمنصوص مذهب " المدونة[1] ".

قيل: وسواء كان مقطوع الحشفة أو غير مقطوع.

وذكر بعضهم قولا آخر؛ أنها لا تحل، وأما المجبوب فنص في "المدونة[2]" أنها لا تحل به، قال فيها: لأنه لا يطأ.

(ص): **(والانتشار شرط في المشهور)**

(ش): لأن العسيلة لا تحصل إلا به، والشاذ لابن القاسم في "الموازية".

(ص): **(ويشترط بلوغ الزوج عند الوطء وإطاقة الزوجة الوطء)**

(ش): قيد بلوغ الزوج بإن يكون عند الوطء؛ لأنه لو حصل العقد قبل البلوغ، والوطء بعده أحل، فإن وطئ قبل البلوغ لم تحل، وهو بَيِّنٌ على المشهور من عدم حَدِّه لو زَنَى حينئذٍ، وأجرى اللخمي وغيره على الشاذ القائل بحد المراهق قولا بأن يكون وطؤه محللا.

قوله: (وإطاقة الزوجة الوطء)؛ أي: ولا يشترط بلوغها، واحترز بذلك مِمَّنْ لا تطيقه، فإنه لا ينفع فهو كالعدم.

(ص): **(ويشترط علم الزوجة خاصة بالوطء وقال أشهب: علم الزوج. وقال ابن الماجشون لو كانا مجنونين حَلَّت)**

(ش): الأول لابن القاسم، ورأى أنَّ الله سبحانه لما أضاف النكاح إليها بقوله ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] الآية، كانت هي المعتبرة.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧١.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧١.

ورأى أشهب أن الزوج هو المعتبر؛ لأنه الفاعل، ورأى ابن الماجشون أن الوطء سبب في الحلية من باب خطاب الوضع، وهو لا يشترط فيه علم المكلف وهو أقيس.

ورأى اللخمي أنها لا تحل إلا بأن يكونا عالمين لقوله صلى الله عليه وسلم: "حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ"(١).

(ص): (فلو ادعت الدخول وأنكره فثالثها قال ابن القاسم إن كان بعد الطلاق، فالقول قولها. ورابعها: يُبْنَى على المسيس في الصداق)

(ش): القولان الأولان في "المدونة(٢)"، ففيها: قال مالك: ومن بَنَى بزوجته، ثم طلقها، فادَّعَتْ المسيس، وأنكره لم يحلها ذلك لزوج كان طلقها ثلاثًا إلا بتقاررهما على الوطء.

وقال ابن القاسم: أَمَّا فِي الإحلال، فلا أمنع المطلق منها وأُدْنِيهِ، وأَخَافُ أَنْ يكون إنكار الزوج ليضر بها في نكاحها ولا تكون بذلك محصنة.

وحكى المصنف القول الثالث عن ابن القاسم، وحكاه الباجي عن ابن وهب وهو قريب لمالك في "الموازية"، إلا أنه جعل اختلافهما بقرب الطلاق كاختلافهما قبله.

والرابع للباجي.

ومعنى: **(يبنى على المسيس في الصداق)** أي: حيث يكون القول قولها في تكميل الصداق تحل، والصداق يكمل بقولها إن خلا بها خلوة الاهتداء، وأما إن خلا بها خلوة زيارة، فالقول قول الزائر منهما، وسيأتي.

اللخمي: وقول مالك أحسن؛ لأن الحرمة متيقنة، وإنكار الثاني يُوجب شكًّا.

قال: والإحلال يصح بثلاثة شروط:

١ - بشاهدين على نكاح المحلل.

٢ - وامرأتين على الخلوة.

٣ - وتصادق الزوجين على الإصابة.

فإن لم يعلم التزويج إلا من قول المطلقة لم يقبل قولها في الأمد القريب، ويقبل في البعيد إذا كانت مأمونة.

واختلف في غير المأمونة، فقال محمد: لا يُقبل قولها، ولا يتزوجها الأول حتى

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٢.

يستخبر لنفسه، ولو منعه السلطان حتى يعلم خبرها رأيت ذلك له.

وقال ابن عبد الحكم: لا يمنع إذا طال الأمد مما يمكن موت شهودها وهي كالغريبة، وإن كانا طارئين قبل قولهما ومنعت في الأمد القريب؛ لأن عقد النكاح والدخول لا يخفى في الغالب على الجيران، والمرأة تتهم في الرجوع إلى الأول، وإذا طال الأمد تضعف التهمة، ودينت الطارئة لتعذر إثبات ذلك إلا أن يكون الموضع قريبًا، وإذا علم النكاح، ولم يعلم الدخول حتى طلق لم تصدق أنه بَنَى بِهَا؛ لأن ذلك مِمَّا لا يَخْفَى، وقد أتت بما لا يشبه.

أشهب في "المدونة[1]": ولو صدقها الثاني لم تصدق، ولا تحل حتى تعلم الخلوة.

(ص): (**وفيها: إن لم يدخل ومات، وادعت أنه طرقها ليلا لم تحل بذلك**)

(**ش**): تصوره ظاهر، ولعله نسبها لـ " المدونة[2]"؛ لأنها تقتضي بحسب المفهوم أَنَّهُ لَو كَانَ حَيًّا لصدقت إن وافقها الزوج، وليس كذلك كَمَا تَقَدَّمَ عن أشهب.

(ص): (**الرق قسمان مانع مطلقًا، فلا ينكح أمته ولو ملك زوجته، أو بعضها بشراءٍ أو ميراث أو غيره انفسخ النكاح**)

(**ش**): هذا رَاجِعٌ إلى أحد الموانع المتقدمة، وهو ينقسم إلى قسمين كَمَا ذَكَرَ:

الأول: (**مانع مطلقًا**)؛ أي: فلا يجوز بوجهٍ من الوجوه.

وحكى اللخمي وابن يونس وغيرهما الإجماع على أن الملك والزوجية لا يجتمعان لتنافي الحقوق؛ لأن المرأة إذا تزوجت عبدها تطالبه بالنفقة للزوجية والخدمة للرق، ويطالبها هو أيضًا بالنفقة للرق والخدمة الزوجية.

وقوله: (وَلَو مَلَكَ) يعني أن ملك أحد الزوجية لصاحبه مُنَافٍ لَلنِّكَاحِ، وَلَو طَرَأَ الملك إمَّا بميراثٍ أو غيره.

وينبغي أن يفهم قوله: (فلا ينكح أمته) على القن ومن فيها شائبة الحرية؛ لأنَّ أم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل والمعتق بعضها كالقن، وكذلك نَصَّ مالك على أنَّ المرأة لا تتزوج مكاتبها، وأمَّا من دفعت إليه جارية؛ ليستخدمها، فرأى بعضهم أنه يجرى جواز نكاحها على الخلاف في حَدِّهِ إذا زَنَا بِهَا، فمن يقول بحده هنا يقول بصحة النكاح، ومن يقول بسقوط الحد يقول بمنع النكاح.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٣.

ابن عبد السلام: وفيه نظر؛ لأنه لا يلزم من كون الحد ساقطًا بالشبهة فسخ النكاح بها.

وحيث ملك أحد الزوجين صاحبه ففي "الموطأ": هو فسخ بغير طلاق، وهو المعروف ونقل ابن سحنون أن الفرقة في ذلك طلاق.

فرع:

وهل يجوز للمكاتب والعبد أن يريا شعر سيدتهما، أجاز مالك في "المدونة[1]" بشرط أن يكونا وغدين. وقال ابن الحكم: لا يجوز ولو كانا وغدين، ولا يخلوان معها في البيت.

قال في "المدونة[2]": وإن كان لها فيه شرك فلا يرى شعرها وإن كان وغدًا.

اللخمي: واختلف في عبد زوجها وعبد الأجنبي هل يدخل عليه ويرى شعرها؟

واختلف في العبد الخصي الوغد، قال مالك: لا بأس أن يرى الخصي شعر سيدته وغيرها، وإن كان له منظر فلا أحبه، وأما الحر فلا، وإن كان وغدًا.

وقال مالك في "العتبية": لا بأس أن يدخل على المرأة خَصِيُّهَا، وأرجو أن يكون خصي زوجها خفيفًا، وأكره خصيان غيره.

وقال أيضًا: لا بأس بالخصي العبد أن يدخلا على النساء ويريا شعورهن إن لم يكن لهما منظر. فجعل الخصي في القول الأول كغيره ممن لم يخص، فمنعه إلا أن يكون ملكًا لها ولا منظر له، وأباحه في القول الآخر إذا كان لزوجها، وإن لم يكن وغدًا، ثم أجازه وإن كان لأجنبي، وأجاز دخول الخصي عليهن وإن كان حرًا. انتهى.

(ص): **(ولا صداق قبل البناء)**

(ش): لأنه فسخ قبل البناء؛ وكل فسخ قبل البناء، فلا شيء فيه إلا نكاح الدرهمين على أصح القولين.

(ص): **(وبعده كمالها)**

(ش): أي: فإن استثنى الزوج المشتري المال كان الصداق له وإلا فهو لبائعها.

(ص): **(والمرأة في زوجها كذلك)**

(ش): يعني: فلا يجوز أن تتزوج عبدها وَمَا فِي مَعْنَاهُ من مكاتب ونحوه، ولو

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٣.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٤.

ملكته بشراءٍ أو غيره أنفسخ النكاح بغير طلاق.

فرع:

قال ابن القاسم في "الموازية": وإن اشترى ابن زوج أمه أو امرأة أبيه انفسخ النكاح.

وعن أشهب: لا ينفسخ.

(ص): (**ولو دفعت لسيده مالا على أن يعتقه عنها فكذلك، خلافًا لأشهب**)

(ش): هذه المسألة وقعت في بعض النسخ، ومعناها أن الزوجة الحرة إذا دفعت مالا لسيد زوجها ليعتقه عنها، (**فكذلك**)؛ أي: يفسخ النكاح كما لو اشترته.

وهو مذهب ابن القاسم وروى أشهب أنَّه لَم يستقر لَهَا ملكٌ عليه، وليس لَهَا إلا الولاء، كما لو أعتقه السيد عنها من غير سؤالها.

(ص): (**ولو اشترت زوجها وهي غير مأذون لها فرده السيد فهما على نكاحهما**)

(ش): لأنهما لم يأذن لها سيدها في التجارة، ورد السيد لم يتم الشراء.

(ص): (**وقال سحنون: لو تَعَمَّدَ فَسْخُ نِكَاحِهِمَا بِبَيْعٍ لم ينفسخ**)

(ش): هذا الكلام لسحنون في "المدونة[1]"، ونصه: وإن اشترته قبل البناء فلا مهر لها.

سحنون: إلا أن يرى أنها وسيده اغتزيا فسخ نكاحه، فلا يجوز ذلك، وتبقى زوجته؛ إِذِ الطَّلاقُ بيد العبد، فلا تخرج من عصمته بالضرر، وقول سحنون تفسير.

(ص): (**وإذا وهب السيد لعبده زوجته لينتزعها، ففيها: ولا يُنْتَزَعُ وَاسْتَدَلَّ بِهِ عَلَى جبر العبد على الهبة، وقيل: يُنْتَزَعُ**)

(ش): أي أنه لا تتم الهبة ولا يفسخ النكاح، ومن لازم عدم الفسخ عدم الانتزاع، فيكون المصنف اكتفى بذكر اللزوم عن ذكر الملزوم.

وقول ابن عبد السلام: وتعبير المصنف عن فسخ النكاح بالانتزاع - وهو خلاف الاصطلاح - ليس بظاهر؛ لأنا نقول: لا نسلم أنه عبر بالانتزاع عن الانفساخ، وإنما ذكر لازم عدم الانفساخ، وإنما ذكر لازم عدم الانفساخ، وإنما لم ينتزع؛ لأن السيد قصد الضرر بالعبد بإخراج زوجته والضررُ مُنْتَفٍ لِقَوْلِهِ صلى الله عليه وسلم: "لا ضَرَرَ وَلا

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٤.

ضِرَارَ"[١].

قال في "الجواهر": ولأصبغ أنه يكره له ذلك ابتداء، فإن فعل جاز.

وقال ابن الماجشون: إن كان مثله يملك مثلها، فذلك له ويفسخ النكاح.

محمد: ولو لم يملك مثله مثلها فالهبة باطلة.

وقال ابن عبد الحكم: إن قصد الفرقة لم يجز. انتهى.

والأظهر هو المشهور، وَلَعَلَّ هَذَا الخلاف محمولٌ عَلَى مَا إِذَا قصد السيد إزالة عيب النكاح عن عبده، إلا أن يحلها لنفسه.

ومثل المشهور في هذه المسألة ما وقع لمالك في المرأة تريد بذلك فسخ النكاح أنها تبقى على عصمته.

ابن يونس: وأخذ به بعض أشياخنا، قال: وهي كاشترائها زوجها. تقصد به فسخ نكاحها.

ونسب المصنف المسألة لـ " المدونة[٢]" لوجهين:

أحدهما: إشارة إلى أن قول سحنون في المسألة السابقة هو المذهب؛ لأن هذه تشبه تلك.

والثاني: إشارة إلى أخذ ابن محرز منها أن للسيد أن يجبر عبده على الهبة.

ووجه هذا الاستدلال أن يُقال: إنما منع السيد من الانتزاع لقصده الضرر، فيقتضي أن السيد لو لم يقصد ضررًا لم يكن للعبد مقال، وهو دليل على أنه له الجبر وإلا لكان للعبد ألا يقبل الهبة مطلقًا.

(ص): **(ولا ينكح أمة ابنه ولو كان عَبْدًا)**

(ش): لأن أمة ابنه كأمته لقوة شبهة ملك الأب في مال الابن، ولذلك قُلْنَا: إذا وطئها لا يُحَدُّ، واسم (كان) يحتمل أن يعود على الأب، وهو الأقرب؛ لأن المسألة في "المدونة[٣]" وغيرها كذلك، ويحتمل أن يعود على الابن.

المتيطي: وَكَرِهَ ابنُ عبد الحكم أن يتزوج الرجل أَمَةَ ابْنِهِ، وَإِنْ وَقَعَ لَم أَفْسَخْهُ، وَخَالَفَهُ جميع أصحابه، وأجاز في "العتبية " للرجل أن يتزوج جارية زوجته، وعن ابن

---

(١) أخرجه ابن ماجه، برقم (٢٣٤٠) ومالك في الموطأ، برقم (١٤٦١).

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٥.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٥.

كنانة كراهته.

قال في "البيان": مراعاةً لقول من رأى أنَّ للزوج شبهة في مال زوجته فدرأ الحد عنه في وقوعه بجاريتها، روي ذلك عن ابن مسعود وهو شذوذ، والصحيح أنه لا كراهة في تزويجه إيَّاهَا، وأنه يُحَدُّ إن وَاقَعَهَا كَمَا رُوي عن عمر وعلي رضي الله عنهما. انتهى.

وهذا في جارية لم تكن من الصداق، وأمَّا جارية الصداق، فيجوز ذلك فيها بعد الدخول، ومنع منه في "العتبية " قبل الدخول.

وَخَرَّجَ فيها صاحب " البيان " قولا بالجواز من أحد القولين اللَّذين في "ثمانية أبي زيد " بوجوب الحد عليه لو زنا بها حينئذٍ.

(ص): (ويملكها بوطئه وَيَسْقُطُ الحد ويغرم قيمتها، وَتُبَاع إن أعسر ما لم تحمل، وقال ابن عبد الحكم للابن التَّمَاسُكُ في عُسْرِ الأبِ وَيُسْرِهِ مَا لَمْ تَحْمِلْ)

(ش): أي: يملك الأب جارية الابن بوطئه بغير نكاح، وتحرم بذلك على الولد لما له في مال ابنه من الشبهة، وتلزمه قيمتها حملت أم لا، كان مليئًا أو مُعْدَمًا.

وَنَصَّ سحنون عَلَى أَنَّهُ إذا أعطى قيمتها لا يطؤها إلا بعد أن يستبرئها من مائه الفاسد.

قوله: (وتباع إن أعسر ما لم تحمل)؛ يعني: إذا ألزمنا الوالد القيمة فإن كان مليئًا أخذت منه، وإن كان معدمًا بيعت عليه إلا أن تكون حملت فلا تباع، وهي له أم ولد لا يحل نقل ملكه عنها، ورأى ابن عبد الحكم أن للابن أن يتماسك بجاريته إذا لم تحمل في عسر الأب ويسره؛ لأن الأب قد عيب ملكه، وإخراج ملكه عنه بغير اختياره ضرر. قال هو وعبد الملك: وذلك إذا كان الابن مأمونًا عليها.

(ص): (فإن كان الابن وطئها وقد استولدها أحدهما حرمت عليهما وتعتق)

(ش): هذا من باب اللف والنشر، فإن الحرمة عليهما مرتبة على الوطء، والعتق مرتب على الاستيلاد، وإنما عتقت بالولادة؛ لأن كل أم ولد حرم وطؤها ينجز عتقها، كما لو أولد محرمًا غير عالم، ثم تَبيَّن ذلك؛ لأن أم الولد إنما لسيدها فيها الاستمتاع، فإذا حرم لم يبق لبقائها فائدة.

وبهذا التقدير يندفع قول ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنها لا تحرم إلا بمجموع وطئها والاستيلاد.

ولم يبين المصنف على من تعتق؛ والحكم أنها تعتق على الابن إن كان أولدها

قبل وطء والده، والأب قد أتلفها عليه بوطئه، فيغرم قيمتها أم ولد؛ لأنا لو أعتقناها على الأب كُنَّا ناقلين ولاء أم ولد عمن استولدها.

وإن كان الابن وطئها، ولم تحمل منه، ثم وطئها أبوه، وحملت منه غرم قيمتها أمةً وعتقت عليه.

(ص): (قال ابن القاسم: ويتزوج العبد ابنة سيده. واستثقله مالك)

(ش): هذا في "المدونة[1]"، ويتصل بقول ابن القاسم فيها: برضا مولاه ورضاها به. فأخذ منه أن العبد ليس بِكُفْءٍ للحُرَّةِ، وأنه لا بُدَّ من رضاهما.

عياض: وأخذ منها بعضهم أيضًا أنه ليس له أن يجبر البكر لاشتراط رضاها.

قال: والظاهر أنه في غير البكر، والله أعلم.

واستثقال مالك على الكراهة.

ابن محرز: لأنه ليس من مكارم الأخلاق، وَمُؤَدٍّ إلى التَّنَافُرِ؛ لأنَّ الطباع مجبولة على الأنفة من ذلك.

قال ابن يونس: إنما استثقله خوف أن ترثه الابنة، فيفسخ النكاح.

وانظر على الأول هل يَتَعَدَّى ذَلِكَ إِلَى عَبْدِ غَيْرِ أَبِيهَا؟

ابن عبد السلام: وفيه احتمال.

عياض: الأول هو الصحيح؛ لأن مالكًا أجاز للرجل أن يتزوجُ أَمَةَ أبيهِ، وقد يَمُوتُ أَبُوهُ فيرثها.

وأجاب في "النكت " عن هذا بأن النكاح إذا انفسخ هنا لم يبطل الوطء؛ لأنها تبقى له يطأها بملك اليمين بخلاف الأولى.

ورد ابن محرز جواب عبد الحق بوجهين:

الأول: أن الابن قد يكون معه ورثة غيره، فلا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، وَقَدْ أَجَازَ أن يتزوج الرجل أمة زوجته وهو لا يحوز ميراثها إذا مات، فوطؤها لا يحل له بالميراث.

والأحسن أن التعليل بكراهية النكاح إنما هو لما يعرض له من الحل بالميراث، فلا فرق بين أن تصير بعد الفسخ مباحة الوطء أو محرمة؛ لأنَّ الفسخ حاصل.

قال في "النوادر": عن ابن القاسم: ومن زوج ابنته لمكاتبه أو ابنه لمكاتبته، فلا

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٦.

بأس به، وقد استثقله مالك، قال: فَإِنْ مَاتَ السَّيِّد فُسِخَ النكاح والكتابة قائمة.

وحكى اللخمي قولا آخر أَنَّهُ لا يُفْسَخُ؛ لأنه إنما ورث الكتابة وهي دين، فإن عجزت، فحينئذٍ يُفسخ النكاح؛ وكأنه سلك في القول الأول مسلك الاحتياط؛ لأنه لو ورث كتابة أخيه فإنه يسقط عنه الأداء، وإن كان مالا خاصة، ولم يجروه مجرى الديون، فكذلك هنا.

(ص): (**الثاني مانع على جهةٍ، فلا ينكح الحُرُّ المُسلِمُ مَمْلُوكَةَ الغَيْرِ إلا بِشَرْطِ عَدَمِ الطول وخوف العنت وكونها مسلمةً، وروي بشرط الإسلام فقط**)

(ش): يعني: أن هذا القسم لا يستقل الرق فيه بالمانعية، بل لا بُدَّ مِنْ أَوْصَافٍ: الأول: أن يكون الزوج حرًّا، فلو كان عبدًا جَازَ لَهُ أَنْ يتزوج أمة الغير من غير شرط، وقوله: (المسلم) زيادة بيان، وإلا فالكافر لا يجوز له أن يتزوج المسلمة أصلا.

الثاني: أن يعدم الطول.

الثالث: أن يخاف العنت.

الرابع: أن تكون الأمة مسلمة.

ولا خلاف في اشتراط الإسلام؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥].

وأما عدم الطول وخوف العنت، فالمشهور اعتبارهما؛ لقوله جل جلاله: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلا أَنْ يَنْكِحَ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٥].

أكثر قول مالك موافق للمشهور، وأكثر قول ابن القاسم موافق للشاذ؛ قال اللخمي، ونَصَّ ابن حبيب وغيره على أنَّ هذه الآية مُحكمة.

عبد الحق: وهو قول علي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم، وهو قول أصحاب مالك، ورواه ابن وهب عن مالك.

وقال سحنون ومحمد: إن قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] ناسخة لها.

وحكاه محمد عن مالك.

الباجي: وفيه نظر؛ لأن النسخ لا يثبت إلا بدليل، ولأن قوله تعالى ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ عامة ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ﴾ خاصة، والخاص مُقَدَّمٌ عَلَى العام تَقَدَّم

أَو تَأَخَّرَ.

وذهب بعضهم - وهو اختيار ابن لبابة - إلى أن الآية لا تقتضي منع نكاح الإماء مطلقًا، وإنما هو لما كانوا عليه من الكراهة والتنزيه عن ذلك لأجل استرقاق الولد، أعلمهم الله أن ذلك خير من الزنا، وما قال بعيد من لفظ الآية قاله في "التنبيهات".

وإذا فرعنا على المشهور من المنع إلا بالشرطين فهل هو تحريم أو كراهة؟

الباجي: وفي "المدونة[1]" ما يتدل على القولين؛ لأن مالكًا قال فيمن تزوج أمة على حرة فرق بينه وبين الأمة، وبه قال أشهب وابن عبد الحكم، ثم رجع فقال: تخير الحرة.

وأجازه ابن القاسم.

فقوله بإيجاب الفسخ يقتضي التحريم، ومنع الفسخ مع منع النكاح أولا يقتضي الكراهة.

خليل: ولقائل أن يقول: لا يلزم من عدم الفسخ الكراهة لاحتمال أن يقول ابتدأ بالمنع، وبعدم الفسخ مراعاة للخلاف فانظره.

(ص): **(والطول قدر ما يتزوج به الحرة المسلمة. وقيل: أو يشتري به أمة. وقال ابن حبيب: وقدرته على النفقة والسكنى. وقيل: أو وجود الحرة في عصمته لا الأمة. وقيل: أو الأمة، فلذلك جاء في نكاحه الأمة معها عاجزًا عن حرةٍ أُخرى قولان، وجاز مع الأمة اتفاقًا، وقيل: الطول ما يتوصل به إلى دفع العنت، فيجوز أن ينكح أمة يخاف العنت فيها واجدًا أو متزوجًا)**

(ش): هذا تفسير للطول، والطول لغة: الفضل والسعة، قال الله تعالى: ﴿اسْتَأْذَنَكَ أُولُو الطَّوْلِ مِنْهُمْ﴾ [التوبة: ٨٦].

واختلف علماؤنا في المراد به في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلا﴾ [النساء: ٢٥] ففي "المدونة[2]": الطول: المال.

وليست الحرة تحته بطول.

وروى ابن المواز عن مالك أن الطول وجود حُرَّةٍ في عصمته.

ومقتضى كلام المصنف أن هذا القول يُوَافِقُ الضَّمْيِرِ قبله لعطفه بـ (أو)، واستشكله

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٦.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٧.

الباجي بأنه لا يعلم اسم الطول يقع على الحرة في كلام العرب، ولأنه تعالى قال: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] فجعل الطول يتوصل به إلى نكاح الحرة، ولو كانت الحرة طولا لم يجعله شرطًا في الوصول إليها؛ لأنه لا يصلح أن يقال: ومن لم يستطع منكم حرة أن ينكح حرة.

قال: فمن قال: إن الطول المال، فالنكاح عنده بمعنى العقد.

ومن قال الطول الحرة، فالنكاح عنده بمعنى الوطء.

وإذا فرعنا على أن الطول المال، فروى محمد: أنه إذا لم يجد إلا مهر حرة، ولا يجد ما ينفقه عليها ليس له أن يتزوج الأمة، وهذا هو القول الذي قدمه المصنف.

ابن حبيب في "واضحته": وقال لي أصبغ: وعدم الطول ألا يجد ما يصلح به نكاح الحرة من مهر ونفقة ومؤونة. وعلى هذا ففي قوله قال ابن حبيب نظر؛ لأنه لم يقله وإنما رواه.

اللخمي: وهو أبين لأن القدرة على الصداق دون النفقة لا تقيده؛ لأن من حق الزوجة أن تقوم بالطلاق إذا علمت أنه عجز، إلا أن يجد من يتزوجه بعد علمها بذلك، قال صاحب " المقدمات": إن ما رواه ابن حبيب أصح مِمَّا رواه محمد.

وكذلك حمل غيرهما قول ابن حبيب على الخلاف، والقول بأن الطول ما يشتري به أمة لم أقف عليه، وكذلك القول بأن وجود الأمة في عصمته طول، وقاله ابن راشد.

والقول بأن الطول (ما يتوصل به إلى دفع العنت) وهو الذي حكاه المصنف آخر كلامه لأشهب.

وقوله: (فلذلك جاء في نكاحه الأمة معها عاجزًا عن حرةٍ أُخْرَى قولان) أَتَى بِالفَاءِ المؤذنة بترتيب هذا على قِبَلِهِ، والضميرُ في (معها) عائدٌ على (الحرة)؛ أي: إن بنينا على المشهور من أن وجود الحرة تحته ليس طولا جاز له نكاح الأمة، وإن بيننا على أنه طول لم يجز ذلك.

الباجي: ويتحصل في نكاح الأمة على الحرة ثلاث روايات:

إحداها: لا يجوز وإن عدم الطول الذي هو المال، وخاف العنت؛ لأن الحرة تحته طول.

والثانية: يجوز وإن لم يعدم طولا ولا خاف العنت.

والثالثة: يجوز مع عدم الطول وخوف العنت، ولا يجوز مع وجود الطول

وأمن العنت.

والأولى بطريق المصنف في الاختصار إسقاط هذا الفرع؛ لأنه لو سكت عنه أخذ مما قبله، وعلى هذا التقدير فيكون تقدير كلام المصنف: فلذلك جاء في جواز نكاح الأمة مع الحرة.

ويحتمل أن يقدر: جاء في صحة.

ويكون هذا أولى؛ لأن كلامه أولا لا يستلزم الكلام على الصحة، ويؤيد هذا التقدير ما يأتي له بعد من قوله: (وإذا تزوج الحر الأمة على الحرة وأمضى على المشهور).

تنبيه:

قوله في المسألة: (ما يتزوج به الحرة المسلمة) يقتضي أنه لو قدر على حرة كتابية لا يكون طولا، وهو كذلك، نصَّ عليه ابن العربي.

وفي "التنبيهات": اختلف العلماء في القدرة على نكاح حرة كتابية هل هو مع ذلك طول أم ذلك خاص بحرائر المسلمات؛ لتخصيص الله تعالى لهن في الآية؟

والذي نصره الطبري وَحُذَّاقُ الشَّافعية أنهن كالمسلمات؛ لأنهن بمعناهن، ولأن علة المنع إرقاق الولد في الإماء، وهو غير موجود في حرائر الكتابيات.

وقد نص مالك في "المبسوط " على هذه العلة - أعني: إرقاق الولد في الإماء - وطرد أصله عليه فأجاز نكاح الابن أمة أبيه؛ إذ ولده منها يعتق على جده، وكذلك يأتي في إماء الأجداد والأمهات والجدات، وعلى هذا المعنى حمل مسألة الابن في "المدونة[1]" حذاق شيوخنا أنها جائزة ابتداءً مع وجود الطول وأمن العنت.

وقال ابن عبد السلام: ما ذكره المصنف من اشتراط الإسلام هو خلاف إطلاقاتهم، واختار بعضهم ما قاله المصنف، بَلْ نَصَّ بَعْضُهُم عَلَى أَنَّهُ مُتَّفَقٌ على عدم اشتراطه، وظاهر الآية يُوافق ما قال المصنف. انتهى.

ولأجل أن العلة إرقاق الولد قال اللخمي: يجوز نكاح الأمة في ثلاث صور:

الأولى: إذا كان الولد حُرًّا كما في أَمَةِ الأبِ.

والثانية: نكاح من لا يخشى منه الحمل كالعنين والشيخ الهرم.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٧.

والثالثة: العبد.

ابن بُشَير: ما قاله في الثالثة صحيح، وأَمَّا في الأوليين، فَقَدْ يُقَالُ: لا يلزم ذلك لاحتمال أن يُقَالَ إنما مُسْتَنَدُ القَائِلِ بِالمَنْعِ الآية، ثم عضد ذلك بالتعليل، ولو سلم استناد الحكم إلى التعليل فبين الأصوليين خلاف في لزوم عكس العلة الشرعية.

وأيضًا فقد ذكر اللخمي عِلَّةً أُخْرَى للمنع، وهي أنَّ الأمة تنقطع إلى السيد، فلا يؤمن عليها، وقد علم قلة تصونهن، قال: وهذه العلة ترد ما قاله من الجواز في الصورتين الأوليين.

خليل: وفي قول ابن بشير هذه العلة ترد ما قاله من الجواز في الصورتين الأوليين نظر؛ لأنه يقتضي أنه لا يجوز تزويج أمة الأب بدون الشرطين، وهو خلاف نص مالك، وما حمله عليه الحذاق كما تقدم من كلامه في "التنبيهات".

وذكر في "البيان " الاتفاق على جواز نكاح الحصور وغيره مِمَّنْ لم يُولد له الأمة بِدُونِ الشَّرْطَيْنِ.

وقوله: (وَجَازَ مَعَ الأمَةِ اتِّفَاقًا)؛ أي: المملوكة.

ولا يُقَالُ: هَذَا يُنَاقِضُ مَا تَقَدَّمَ له من قوله (وقيل: أو الأمة)؛ لأن الكلام المتقدم في الأمة المتزوجة وهذا في المملوكة، وكذلك أيضًا لا يقال: هو يرد ما تقدم له، وأن الطول ما يشتري به أمة؛ لأن الثمن إذا عد طولا، فهي أولى كما قاله ابن راشد، ولأنا نقول هذه الأمة لما كانت مملوكة تحقق فيها عدم الكفاية، بخلاف الثمن، فإنه يحتمل إذا اشترى به الأمة أن تعفه وتكفيه.

وقوله: (فيجوز أن ينكح أمة يخاف العنت فيها واجدًا أو متزوجًا) هو تفريع على القول الأخير، والله أعلم.

(ص): **(ولو لم يجد إلا مغاليةً بِسَرَفٍ نكح الأمة على الأصح)**

(**ش**): معناه إذا بنينا على أن الطول المال، وكان له مال، ولكنه لم يجد إلا من طلبت مالا كثيرًا يخرجه إلى السرف، فالأصح أن ذلك عذر يبيح له نكاح الأمة قياسًا على الماء في التيمم والنعلين في الحج.

وقيل: لا يكون عذرًا قياسًا على قولهم في الظهار أنه يلزمه شراء الرقبة ولو بجميع مَا مَعَهُ، ولا ينتقل إلى الصوم، وكذلك في كفارة اليمين، ويرجح الأول بأن رده إلى التيمم أولى؛ لأن كلا منهما لم يدخله المكلف على نفسه، ولأن الظهار لما كان مُحَرَّمًا

فعله عُوقِبَ بذلك، ويعترض على هذا باحتمال أن يكون ذلك في التيمم لتكرره.

تنبيه

لا فَرْقَ فِيمَا يقدر به على نكاح الحُرَّةِ بَيْنَ الحُرَّةِ بين أن يكون عرضًا أو نقدًا أو دينًا على مليء، أو مِمَّا يمكن بيعه أو إجارته، رواه عبد الملك عن مالك.

عبد الملك: والكتابة طول؛ لأنها يمكن بيعها كالدَّين المؤجل، وليس المدبر والمعتق إلى أجل طولا؛ لأنه لا يمكن بيعه.

واستشكله الباجي بأنه يمكن بيع منافعه وإجارته المدة غير الطويلة، وليس الدَّين على العديم طولا ولا عبده الآبق وإن قرب إباقه.

فرع:

إن بنينا على القول بجواز نكاح الأمة بدون الشرطين جَازَ لَهُ أن يتزوج أربع إِمَاء، وإن قُلْنَا أَنَّهُ لا يجوز إلا مع وجودهما، فكم يُبَاحُ لَهُ؟ أما إن لم يأمن العنت إلا بنكاح أربع فله نكاحهن، وإن تزوج واحدة واستغنى بها، فهل يجوز أن يتزوج ثانية؟

حكى ابن بشير وابن شاس في ذلك خلافًا، والقول بعدم الجواز في "الواضحة"، والقول بالجواز هو ظاهر " الموازية".

تنبيه:

والذي رأيت في الباجي في معنى قولنا: واستشكله الباجي أنَّ مراده إن لم يكن عنده ما يتوصل به إلى نكاح حرة، ومعنى ذلك إن ما أمكن أخذ ثمنه والمعاوضة به فيبلغ به طولا ولم يبلغ، ولم يمكن، فليس بطول، والمدبر لا يمكن بيع رقبته، ولا منافع المدة الطويلة؛ لأن أمره مترقب لجواز أن يموت أو يمرض؛ فترد الإجازة؛ فلذلك لا يعد طولا. انتهى.

(ص): **(والعنت الزنا)**

(ش): لما فسر الطول فسر (العنت) وهو ظاهر.

(ص): **(ولو جمع بين من لا يجوز له الجمع في عقد بطل في الأمة، وفي الحرة قولان)**

(ش): يعني: لو تزوج حرة وأمة في عقد واحد، وكان ممن لا يجوز له الجمع لفقدان الشرطين بطل نكاح الأمة لعدم شرطه، **(وفي الحرة قولان)**: الصحة لابن القاسم، والبطلان لسحنون.

واحتج سحنون بأنها صفقة جمعت بين حلال وحرام، وما هذا شأنه يبطل الجميع على المشهور.

وهل قول سحنون محمولٌ عل عدم التسمية؟

وأمَّا لَو سُمِّي لَصَحَّ أَو ولو سمى للشيوخ قولان، أرجحهما الثاني؛ لأن التسمية لكل واحدة لا تُوجب امتيازها بعقدة، وبعض من تأول على سحنون التفرقة بين التسمية وعدمها لم يجعل بين ابن القاسم وسحنون خلافًا، وحمل كلام ابن القاسم على التسمية وكلام سحنون على عدمها.

(ص): (**ولو جمع بين من يجوز له فكجمع أربع**)

(**ش**): هذا الفرع يأتي على القول بأن الطول ما يتوصل به إلى دفع العنت، فعلى هذا القول **يجوز** له الجمع.

ابن شاس: وكذلك يأتي على المشهور.

وإذا قلنا أن الطول المال، وعدم طول حرتين، ولم تكفه واحدة قيل لا خيار لها.

وقوله: (فكجمع أربع)؛ أي: إن سمى لكل واحدة صداقًا صح... إلخ، وقد تقدم.

(ص): (**وإذا تزوج الحر الحرة على الأمة لم يفسخ نكاح الأمة على الأصح، ورجع عنه، وقال للحرة الخيار ما لم تعلم. وقال ابن الماجشون: تخير في نكاح الأمة. وقيل لا خيار لها لتفريطها في الاستعلام**)

(ش): يعني: إذا تزوج أمةً بوجهٍ جائز، ثم تزوج حرة، فهل يفسخ **نكاح الأمة**؟

الأصح وهو المشهور أنه لا يفسخ؛ لأنَّ الشروط المتقدمة إنما هي في ابتداء النكاح لا في استدامته، ومقابل الأصح حكاه اللخمي عن ابن حبيب.

وحكى ابن رشد قولا بأنه يُفارق الأمة بمجرد حصول الطول، قال: وأما إن ذهب عنه العنت بزواج الأمة، فليس عليه أن يفارقها قولا واحدًا.

وفي قول المصنف (ورجع عنه) نظر؛ لأنه يقتضي أنَّ مالكًا رجع عن الأصح إلى الفسخ، وهذا لا يعلم لمالك، وإنما مراده أنه لا يفسخ ولا خيار للحرة، ثم رجع عنه إلى ثبوت الخيار للحرة، وهكذا ذكر اللخمي وغيره. وعلى هذا فالقول المرجوع عنه هو القول الذي حكاه المصنف بقوله (وقيل: لا خيار لها لتفريطها في الاستعلام) واستشكل اللخمي هذه العلة، فقال: ليس هذا التعليل بالبين؛ لأن تزويج الحر الأمة نادر، والنادر لا حكم له، وأشار إلى أنه يمكن أن يعلل قول مالك بعدم الخيار باختلاف

العلماء فإن بعضهم أجازه.

ابن عبد السلام: ويوهم قول المصنف: (وقال: للحرة الخيار) مع قوله (وقال ابن الماجشون: تخير في نكاح الأمة) أن الوجه الذي خيرها فيه مالك غير الوجه الذي خيرها فيه ابن الماجشون، وليس كذلك، بل هما شيء واحد.

خليل: قوله يوهم ليس بظاهر، بل هو صريح في ذلك، وكأنه - والله أعلم - إنما قاله؛ لأنه لم يجد قول ابن الماجشون.

وحكى ابن راشد عن ابن الماجشون مثل مَا حَكَاهُ المصنف عنه من أن الحرة تَخَيَّر في فسخ نكاح الأمة، فإنه قال: وإذا قلنا أن للحرة الخيار فهل في نفسها؟

وهو قوله في "المدونة[1]" أو في نكاح الأمة؟

وحكي عن ابن الماجشون وفي "اللباب": قال بعض المعترضين: هذا ما نقله ابن يونس عن عبد الملك، ولم يقله عبد الملك ولا أحد من أهل العلم.

وقد قال ابن حارث: الاتفاق على أن للحرة الخيار في نفسها إن شاءت أقامت، وإن شاءت طلقت نفسها. ولم يذكر أن لها الخيار في فراق الأمة. ويؤيده ما حكاه الباجي.

قال ابن الماجشون والمغيرة: إنما يكون الخيار للحرة في أن تقيم أو تفارق إذا كانت هي الداخلة على الأمة، وأما إن كانت الأمة هي الداخلة على الحرة، فالخيار لها في نكاح الأمة.

فهذا نص قول ابن الماجشون في أن الخيار لها في نفسها لا في الأمة انتهى كلام ابن راشد - بمعناه -.

تنبيهان:

الأول: ما نقله عن ابن الماجشون إن كان مستنده فيه غير كلام ابن يونس فظاهر، وإن كان إنما مستنده كلام ابن يونس، وهو الذي يؤخذ من كلامه، ففي ذلك نظر؛ لأن ما نقله ابن يونس عن عبد الملك يحتمل أن يعود على هذه الصورة وعلى عكسها.

الثاني: إن ثبت قول عبد الملك كما ذكره ابن راشد، فيصح كلام المصنف كما قدمناه من نص كلامه، وكذلك رأيته في بعض النسخ، ولكن الذي رأيت في النسخ

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٨.

المنسوبة إلى الصحة: وقال ابن الماجشون: تخير في نفسها.

فيقتضي أن يكون مالكًا خيرها في نكاح الأمة، فيكون المصنف نسب لمالك عكس مذهبه.

ووقع في بعض النسخ: وقال ابن الماجشون: تخير في نفسها كما تقدم. أي تقدم في القسم، فإن ابن الماجشون يرى أن للحرة ليلتين وللأمة ليلة واحدة، ولا اعتراض عليه على هذا.

(ص): **(وإذا تزوج الحر الأمة على الحرة وأمضى على المشهور، ففيها: تخير في نفسها ولا يُقضى إلا بواحدة بائنة بخلاف المعتقة تحت العبد، وقيل: كالمعتقة. وقال ابن الماجشون: تخير في نكاح الأمة)**

(ش): هذه المسألة عكس الأولى، والمشهور الإمضاء بناء على أن الحرة تحته ليست بطول، وعلى القول بأنها طول يفسخ النكاح، وقد تقدم ذلك، ثم ذكر أن مذهب " المدونة[(١)]" أنها تخير في نفسها إن شاءت أقامت، وإن شاءت فارقت.

ووجهه أن الخيار لإزالة الضرر عنها، ولا تخير فيما يضر غيرها.

ووجه قول ابن الماجشون أن الضرر الذي دخل عليها إنما هو من جهة الأمة، فيكون لها إزالته.

وأما الخيار في فسخ نكاح نفسها فليس ذلك إزالة ضرر، بل زيادة فيه.

صاحب " البيان": وهذا التخيير إنما هو بناء على القول بأنه لا يجوز نكاح الأمة إلا بشرطين، وأمَّا على القول بأن الحر يتزوج الأمة وإن كان واجدًا للطول آمنًا من العنت كالعبد، فلا كلام للحرة إن تزوج الأمة عليها أو تزوجها على الأمة؛ لأن الأمة على هذا القول من نسائه كالعبد، هذا الذي تدلُّ عليه ألفاظ " المدونة[(٢)]" لصعوبة الفرق بينها وبين المعتقة تحت العبد.

وتأوَّل التونسي أن الحق في ذلك للحرة على القولين جميعًا، وهذا إنما يصح على قول ابن الماجشون الذي يرى أن الخيار للحرة إذا تزوج العبد عليها أمة، أو تزوجها على الأمة.

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٨.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٩.

ولعل المصنف نسب المسألة لـ " المدونة[1]" لصعوبة الفرق بينها وبين المعتقة تحت العبد، والجامع بينهما ظاهر، وهو أنَّ الطَّلاق فيهما شُرِعَ لِدَفْعِ الضرر، وقد سلم في "المدونة " ذلك إلا أنه فرق لوجود الحديث في مسألة المعتقة على خلاف القياس؛ أعني حديث زيد.

والشاذ حَكَاهُ ابن يونس عن محمد، فقال: وقال ابن المواز: إن فسخت بالثلث لزمت، وقد أساءت. وقاله أصبغ.

(ص): (**قال مالك والخيار قول العلماء، وفي الكتاب حله، قالوا: يعني ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى...﴾ الآية [النور: ٣٢]**)

(ش): هذا في "المدونة[2]" متصل بالمسألة الأولى، وهي ما إذا تزوج الحر الحرة على الأمة، ونَصَّ " المدونة": وإنما جعلنا لها الخيار لما قالت العلماء قبلي، ولولا ذلك لأجزته؛ لأنه حلال في كتاب الله عزَّ وجَلَّ.

واختلفوا هل أراد مالك بالحلال في كتاب الله تعالى نكاح الأمة بدون الشرطين، وهو تأويل المتقدمين وأكثر المتأخرين، أو أراد به عدم تخيير الحرة إذا تزوجها على الأمة؛ لأنه قد تزوج الأمة بوجهٍ جائزٍ، وتزويج الحرة بعد ذلك داخل في عموم قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣]، وهو تأويل اللخمي.

واختلف الأولون في تعيين محله من كتاب الله عز وجل، فتمسك أكثرهم بالعمومات كقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣]. وقال محمد: أراد قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

وقد تقدم أن محمدًا قال: هذه الآية ناسخة لآية: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلا﴾ [النساء: ٢٥] وقد تقدم ما يتعلق بالنسخ.

وسئل ابن القاسم عن الآية التي أرادها مالك، فقال: لا أدري. ولما كان التمسك بهذه الآية ضعيفًا؛ لأنه ليس فيها إلا الأمر بالنكاح في كل أيم، وهو مطلق في كل من ينكح منه، هل هو حُر أو عبد، رجل أو امرأة؟

إذ الأيم يطلق على الرجل والمرأة فيكون مضمون الآية: أنكحوا الأزواج الذين لا

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٧٩.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٠.

زوجات لهم، والزوجات اللاتي لا أزواج لهن. لأنه قيل أن المراد بالأيم المتوفى عنها قال المصنف: قالوا تبرأ من ذلك.

تنبيه:

قد يتوهم من قول مالك: ولولا ذلك لأجزته، أنه قلد العلماء وليس كذلك، بل المعنى: ولولا ما قالته العلماء، واطلعت على مدرك أقوالهم، ورأيتها صوابًا ووافق اجتهادي اجتهادهم لأجزته.

(ص): (**ولو تزوج أمة ثانية وكانت عالمة بواحدة لا اثنتين فكذلك**)

(ش): أي: فيكون لها الخيار؛ لأنها تقول: إنما رضيت بواحدة، وإنما علمت بواحدة.

ابن الجلاب: ولو كانت تحته أمتان، فعلمت الحرة بإحداهما، ولم تعلم بالأخرى.

وقد يؤخذ هذا من قول الخيار على إحدى الروايتين، ولا خيار لها على الرواية الأخرى.

وقد يؤخذ هذا من قول المصنف (فكذلك).

(ص): (**ولا خيار للحرة تحت العبد في الجميع على المنصوص**)

(ش): قوله: (في الجميع) أي في الأربع صور:

١ - فيما إذا تزوجها على أمة.

٢ - أو تزوج أمة عليها.

٣ - أو تزوجها على أن تحته أمة فإذا له أمتان.

٤ - أو تزوج ثانية عليها.

قال في "المدونة[1]": إذ الأمة من نسائه.

وقال ابن الماجشون: إذا تزوج أمة عليها أو تزوجها على أمة فلها الخيار.

وهذا مُقَابِلُ المنصوص، ولا يُقَالُ: كيف يصح أن يكون مقابل المنصوص قولا مَنْصُوصًا؛ لأنَّا نقول: قَدْ تَقَدَّمَ غير مرة أن المصنف لم تطرد له قاعدة في ذلك، وأيضًا، فإنه لَمَّا لَمْ يَنُصْ عبد الملك على الخيار إلا في الصورتين المذكورتين، وَخَرَّجَ من قوله الخيار في بقية الصور صَحَّ أن يُقَالُ (على المنصوص) إذا لم يوجد في جميع الصور

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٠.

قول مخالف للمشهور إلا بالتخريج.

(ص): **(ولا يبطل استخدام الأمة بالتزويج)**

(ش): يعني: أنَّ حق سيد الأمة في استخدامها لا يبطل بتزويجها؛ لأن زوجها الحر أو العبد دَخَلَ على ما ثبت لسيدها، ولأن حق الزوج إنما هو في الاستمتاع.

(ص): **(ولا تتبوأ معه بيتًا إلا بشرط فإن تشاحا فعلى العرف)**

(ش): التبوء: هو أن تنفرد معه في بيت.

يعني: على الزوج أن يأتي إليها في بيت السيد، ولو طلب التبوء لم يكن له ذلك؛ لأن ذلك يبطل حق السيد في جميع الخدمة أو أكثرها.

ابن عبد السلام: وإن شرط الزوج أن تتبوأ معه، فظاهر كلامهم أن لسيدها فيها من الاستخدام ما لا يشغلها عن زوجها.

وقال ابن الماجشون: ترسل إلى زوجها ليلة بعد ثلاث، فتكون عنده تلك الليلة، ويأتيها زوجها عند أهلها فيما بين ذلك.

وقوله: (فَإِنْ تَشَاحَّا)؛ أي: طَلَبَ السَّيِّدُ خدمتها، وطلب الزوج الاستمتاع بها، فإنه يحكم في ذلك بحكم العادة الجارية في ذلك.

(ص): **(وللسيد السفر بها، ولا يُمْنَعُ الزوج من صُحْبَتِهَا)**

(ش): يعني: وله أيضًا بيعها مِمَّنْ يُسَافِرُ بها، وسواء شرط أن تأوي إليه ليلا أو لا، إلا أن تتبوأ معه بيتًا، فلا يكون للسيد السفر بها. نقله ابن عبد السلام عن غير واحد.

(ص): **(ونفقتها تلزمه مُطْلَقًا على المشهور)**

(ش): أي: ونفقة الزوجة الأمة تلزم الزوج (مطلقًا)؛ أي: سَفَرًا وَحَضَرًا على المشهور.

المتيطي: ولا خلاف أعلمه إذا تزوج حر أمة، وشرط أن تكون الزوجة عنده أو شرطت النفقة عليه أنَّ للزوجة على الزوج النفقة. ونحوه للخمي، قالا: واختلف إذا لم تكن عنده، ولا اشترطت عليه على خمسة أقوال، فقال في "المدونة[1]": لها النفقة؛ لأنها من الأزواج.

يريد: لأنها دَاخِلَةٌ في عُمُومِ الآية.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨١.

وقال في "كتاب محمد": لا نفقة لها، ولو كانت تأتيه إذا أرادها.

وقال أيضًا: لا نفقة لها إن كان يأتيها، وإن كانت تأتيه فذلك لها.

قال ابن الماجشون: لها النفقة في الوقت الذي تكون عنده.

وقال في "الواضحة": نفقتها وكسوتها على أهلها، وعليهم أن يرسلوها في كل أربع ليال، وعليه نفقة تلك الليلة ويومها، وإذا رَدَّهَا في صبيحتها، فجعل لها النفقة في ذلك اليوم بغير كسوة.

والأول أحسن لعموم الآية.

اللخمي: ويختلف إذا كانا عبدين، فعلى القول ألا نفقة على العبد للحرة لا تكون لها، وإن كانت أمة، وعلى القول أنَّ ذلك عليه للحرة يختلف إذا كنت أمة، والمدبر والمعتقة إلى أجل كالأمة يختلف فيهما، والمكاتبة وأم الولد كالحرة.

وهذا الكلام مخالف لكلام المصنف أما أولا: فلأن المصنف أطلق الخلاف، وظاهره سواء تبوأت أو لا.

وأما ثانيًا: فلأن كلامه يقتضي أن هذه الأقوال إنما هي إذا كان الزوج عبدًا؛ لأنه سيحكيها فيه. واللخمي والمتيطي إنما ذكرا الخلاف في الحر. وجعل اللخمي ذلك في العبد مخرجًا، وكذلك حكى ابن بشير هذه الأقوال فيما إذا كان الزوج حرًّا، ولم يجعل إذا تبوأت بيتًا متفقًا عليه، بل جعله قولا بالفرق.

(ص): (**فإن كان عبدًا، ففي ماله كالمهر، وثالثها: إن تبوأت معه بيتًا لزمته، ورابعها إذا باتت لزمته**)

(**ش**): قد تقدم أن مجموع الأقوال إنما هي إذا كان الزوج حرًّا، وأن اللخمي أشار إلى تخريج الخلاف.

والذي رأيت هنا قولين:

أحدهما: مذهب " المدونة[1]": الوجوب، ففيها: وتلزم العبد نفقة امرأته حرة كانت أو أمة، ولو كانت الأمة تبيت عند أهلها.

وأشار المصنف إلى توجيه المشهور بقوله: (كالمهر)؛ أي: كَمَا أَنَّ المهر الذي هُو عِوَضٌ عن أول الاستمتاع على الزوج، فكذلك تكون النفقة عليه التي هي عوض عن

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨١.

دوام الاستمتاع.

اللخمي: وقال أبو مصعب: لا نفقة عليه.

وقال في "الموازية": أحبُّ إليَّ إِذَا نكح أن تشترط عليه النفقة بإذن سيده.

ويرى أن ذلك إشكال، فتشترط لينفدع الإشكال. واختلف في اشتراط النفقة على السيد، فمنعه في "الموازية"، وأجازه أبو مصعب.

اللخمي: وأرى للزوجة النفقة على العبد إذا كان تاجرًا أو متصرفًا لنفسه بماله، فإن كان عبد خدمة لم تطلق عليه لعدم النفقة، وقد قال مالك في الحر يتزوج الحرة، وهي تعلم أنه فقير: فلا تطلق عليه. فالعبد أحرى.

وحيث أوجبنا النفقة على العبد، فقد تَقَدَّمَ أنها لا تكون في خراجه ولا كسبه.

(ص): (**ومهر الأمة كَمَالِهَا، وعنه أَنَّهُ يلزمه تجهيزها به، فقيل: اختلاف، وقيل: إن تبوأت معه بَيْتًا**)

(**ش**): قوله: (كمالها)؛ أي وله انتزاعه، وهو ظاهر ما في النكاح الثاني من "المدونة[١]"، فَقَدْ نَصَّ مالك على أَنَّه إِذَا بَاعَهَا السيد لغير الزوج أَنَّ الصداق للبائع، بَنَى بِهَا الزَّوجُ أَمْ لا، إلا أن يشترطه المبتاع.

ونَصَّ أيضًا على أنه إذا أعتقت أمة تحت عبد بعد البناء وقد كان زوجها فرض لها أن المهر لها إلا أن يشترطه السيد فيكون له، وكذلك إذا أعتقها، فمهرها يتبعها إلا أن يكون السيد أخذه قبل العتق أو اشترطه فذلك له.

ابن يونس: وهذا يدل على أن للسيد حبس صداقها ويتركها بلا جهاز.

وقال في كتاب الرهون: ما ذكره المصنف بقوله: (وعنه أنه يلزمه تجهيزها به)، وذهب الأكثرون إلى أن ذلك خلاف قول.

ووفق بعضهم بينهما فحمل ما في الرهن على أنها تبوأت بيتًا، وما في النكاح على أنها لم تتبوأ، وبعضهم يحمل ما في النكاح على أن السيد جهزها من ماله، وما في الرهون على أنه لم يجهزها من ماله.

وما في "الموازية": أن له أن ينتزعه لا قدر ربع دينار.

أصبغ: وهذا عندي في عبده، وأما الأجنبي وعبد أجنبي، فعليه أن يجهزها.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٢.

وقاله ابن عبد الحكم، وصَرَّحَ بعضهم بِأَنَّ قول أصبغ قول ثالث في أصل المسألة.

وفي "الموازية " الفرق فإن باعها سيدها كان الصداق له بخلاف إن لم يبع؛ يريد فيجهزها به، ووجهه أن السيد مالك لعين الصداق، ولكن للزوج فيه حق، وهو التجمل كالحرة، فرجح جانب الزوج قبل البيع؛ لأن فيه جمعًا لحقيهما، أَمَّا الزوج فظاهر، وأما السَّيد فلأن ما في ملك أمته كملكه، وأما إذا باع فيتعذر الجمع بينهما، فيقدم السيد ترجيحًا لمالك العين على مالك المنفعة.

وأشار ابن عبد السلام إلى أنه يكن حمل مسألتي " المدونة[1]" على هذا.

(ص): **(ولو قتلها السيد لم يسقط بنى أو لم يبن)**

(ش): هكذا في "الموازية"، ووجهه أنه لا يتهم السيد في قتل أمته ليأخذ الصداق.

اللخمي: ويلزم عليه لو كانت حرة فقتلت نفسها ألا يسقط الصداق عن الزوج، والقياس في جميع هذه الأشياء ألا شيء على الزوج؛ لأن البائع إذا منع المبيع، فلا يستحق الثمن، وبمنزلة أن لو كانت حية فمنعت نفسها.

وفي "المدونة[2]": إذا باعها بموضع لا يصل إليها الزوج، فعلى الزوج الصداق للبائع ويتبعه به أو ينصفه إن طلق قبل البناء، ويقال للزوج: إن منعوك منها فخاصمهم.

عياض: ومعناه أن مشتريها سافر بها إلى موضع يشق على الزوج إتيانه لضعفه، ولو كان لا يصل إليها لظلم مشتريها أو لكونه لا ينتصف منه لم يكن على الزوج صداق، بل إن قدر على البائع قضى عليه برده إن كان قبضه، ويبقى النكاح منعقدًا، فمتى قدر على الوصول إلى زوجته دفع الصداق. وقاله أبو عمران.

(ص): **(وله منعها منه حتى يقبض صداقها)**

(ش): نحوه في "المدونة[3]"؛ يعني: ولسيد الأمة منع الزوج منها حتى يقبض الصداق، كما أن ذلك للحرة، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

(ص): **(وله أخذه إلا قدر ما تحل به على المنصوص)**

(ش): يعني: لسيد الأمة أخذ جميع الصداق إلا ربع دينار على المنصوص؛ أي المنصوص لمالك في "الموازية " ولسحنون.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٣.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٣.

وأشار ابن عبد السلام إلى أن مقابل المنصوص مخرج من قوله في "المدونة[١]": ومهر الأمة كمالها؛ أي: فيتخرج منه أن له أخذ الجميع.

وأشار إلى أن كلامه ليس تكرارًا مع ما قدمه من قوله: (ومهر الأمة كمالها)، بل أفاد بها فائدتين:

الأولى: يعلم من هذا أن مذهبه حمل القولين المتقدمين على الخلاف.

والثانية: التنبيه على القول المقابل للمنصوص.

خليل: ولا شك أن قوله: (وله أخذه إلا قدر ما تحل به) مخالف للقول الذي يقول: أنه يلزمه تجهيزها به.

وعلى كلام ابن عبد السلام، فيكون الراجح في فهم ما وقع في النكاح الثاني أن مهر الأمة كمالها، حمله على الموافقة لما في "الموازية"، وفيه نظر.

بل ظاهر قوله: (كمالها)، أن له أخذ الجميع، وهو الذي نص عليه صاحب " البيان"؛ أعني: أن ما في "الموازية " مخالف لما في "المدونة[٢]"، وكذلك المفهوم من كلام ابن يونس وغيره.

نعم ما قال ابن عبد السلام هو الذي يؤخذ من كلام المصنف؛ لأنه إن لم يحمل كلامه هنا على أنه مقيد للقول بأن مهر الأمة كمالها لزم أن يكون ما ذكره هنا، مخالفٌ لما ذكره في "المدونة[٣]" في النكاح والرهون، ومثل هذا لا يقال فيه منصوص.

(ص): **(وله أن يضع منه بغير إذنها)**

(ش): يريد بشرط ألا ينقص عن ربع دينار.

وزاد ابن عبد السلام شرطًا آخر وهو ألا يكون عليها دين يغترق مالها.

(ص): **(ولو باعها سقط حق السيدين من منع تسليمها كتأخيره لسقوط تصرف البائع ولا مهر للمشتري)**

(ش) يعني: لو باعها سيدها قبل الدخول سقط حق السيدين البائع والمشتري من منع تسليمها للزوج حتى يقبض صداقها، لسقوط تصرف البائع؛ لكونها لم تبق في ملكه ولا مهر للمشتري؛ لأن الأمة إذا بيعت فمالها للبائع، وعلى هذا فيكون للمشتري

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٤.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٥.

المنع إذا اشترط المال.

(ص): (ولو باعها للزوج قبل البناء سقط الصداق على المنصوص، وعن ابن القاسم لو اشتراها من الحاكم لتفليس قبل البناء فالمنصوص عليه نصف الصداق، ولا يرجع به، فقيل: اختلاف. وقيل: لا يرجع به من الثمن؛ لأنه إنما يفسخ بعد البيع)

(ش): المنصوص في "المدونة[1]"، ونصها: ومن تزوج أمة، ثم اشتراها من سيدها قبل البناء، فلا صداق لها، ولو قبضه السيد رده؛ لأن الفسخ من قبله.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في "العتبية " في من تزوج أمة، ثم فلس السيد قبل البناء، فباعها عليه السلطان، فاشتراها زوجها: أنَّ الصداق للبائع.

ابن يونس: يُرِيدُ نصف الصداق.

ولا يرجع به الزوج؛ لأن السلطان هو الذي باعها بخلاف بيع السيد.

وإلى هذا أشار بقوله: (وعن ابن القاسم)، والذي حمله على الخلاف أبو عمران، ورأى أن بيع الحاكم وصف طردي، وضعف ما في "العتبية".

وعلى هذا فيتخرج من كل واحدةٍ قول في الأخرى، وإلى هذا أشار المصنف بقوله (على المنصوص) وقيل: ليس بخلاف، ومراد المصنف من قوله: (لا يرجع به) النفي المقيد؛ أي: لا يرجع به الآن من الثمن، وليس مراده أنه لا يرجع به مطلقًا.

ثم ذكر المصنف السبب في ذلك، فقال: (لأنه إنما يفسح بعد البيع)؛ أي: النكاح إنما يفسخ النكاح المتأخر عن البيع.

ابن عبد السلام: وهو أقرب لأصل ابن القاسم لما نَصَّ عليه في كتاب العتق من "المدونة[2]" في من باع عبده سلعة بأمره، ثم أعتقه السيد، ثم استحقت السلعة ولا مال للسيد، فليس للمبتاع رد العتق؛ لأنه دين لحق السيد بعد انفاذ العتق.

وكلامه في "البيان " يَدُلُّ على أن المسألتين ليستا بخلاف مع إبقاء كل واحدة على ظاهرها؛ لأنه قال: قوله: (ولا يرجع بالصداق) يريد: بنصفه؛ لكون المسمى لا يجب جميعه إلا بالموت أو بالدخول، وإنما لم يرجع بالنصف؛ لأن الفراق جاء من قبله إذا اشتراها، وهو يعلم أنها امرأته، وتحرم عليه باشترائه إيَّاهَا، فأشبه الطلاق قبل الدخول.

ولو اشتراها من السلطان، وهو لا يعلم أنها امرأته لحرمت، ورجع بجميع الصداق

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٥.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٦.

على السيد؛ لأنه تحريم لم يتعمده.

يبين هذا ما في كتاب النكاح من " المدونة[١]": أن الرجل إذا تزوج المرأة، ولم يدخل بها حتى تزوج أمها وهو لا يعلم، فبنى بها أن البنت تحرم عليه، ولا يكون لها عليه من الصداق نصف ولا غيره؛ لأنه تحريمٌ لم يتعمده، وهو محمولٌ على أنه لم يعلم أنها زوجته حتى يعلم أنه علم، فإن ادَّعى أنَّه لم يعلم أنها زوجته حلف على ذلك ورجع بجميع الصداق، وفي كتاب النكاح الثاني من " المدونة": أن السيد لا شيء له من الصداق إذا باعها منه قبل الدخول، وهو دليل قوله هنا؛ لأن السلطان هو الذي باعها عليه، وإنما لا يكون له من الصداق شيء إذا باعها منه، وإن كان الزوج عالمًا أنها زوجته؛ لأنه لما كان أملك بالبيع غلب أمره على أمر الزوج، فجعل كون الفسخ والتحريم جاء من قبله دون الزوج.

ولو باعها السيد ممن اشتراها للزوج، وهو لا يعلم لكان له نصف الصداق بمنزلة ما إذا باعها السلطان. ولعيسى في كتاب القطعان: أن بيع السلطان كبيع السيد، ويرجع بجميع الصداق، وهو بعيد. انتهى.

خليل: وتحصيل المسألة أن في بيع السلطان قولين: ما في "العتبية " وقول عيسى، ثم اختلف هل ما في "العتبية " مخالف لما في "المدونة[٢]"؟ وأن الجاري على ما في "المدونة " في مسألة السلطان ألا شيء على الزوج أو لا؟ تأويلان.

وعلى الثاني: فاختلف في كيفية الجمع، هل لأنه دين طرأ بعد انفساخ النكاح؟ أو لأن التحريم في مسألة السلطان لم يتعمده السيد؟

وذكر ابن عبد السلام أن ابن الجلاب حكى في المسألة الأولى إذا اشترى الزوج من السيد وجوب نصف الصداق، ولم أر ذلك في شيء من نسخ ابن الجلاب، بل نص فيها على خلافه.

(ص): (ومهر من بعضها حر كمال ذات شريكين يقر بيدها، ولا ينتزع منه شيء إلا برضاها بخلاف أرش جراحها، فإنه يقاسمها)

(ش): يعني: ومهر الأمة التي بعضها حر كمهر الأمة المشتركة؛ لأنها كشريك لسيدها، والحكم في الأمة المشتركة أنه يبقى بيدها، وليس لأحدهما انتزاعه إلا

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٦.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٧.

بإذن صاحبه.

قالوا: والقول قول من أبى القسمة، ولا يجبر عليها كما يجبر في سائر مال الشركة؛ لأن ذلك عيب في الأمة، فصار كالمشترك الذي يتعيب بالقسمة.

وقوله: (إلا برضاها) عائدٌ على (من بعضها حر)، وفي بعض النسخ: (إلا برضاهما)، فيعود على الشريكين.

ويعلم منه الحكم فيمن بعضها حر، بخلاف أرش جراحها، فإنه يقاسمها؛ لأن الأرش ثمن عضو هو بينهما، وما ذكره في الجناية من المقاسمة هو المشهور الذي رجع إليه مالك في "المدونة[1]"، قال فيها: وكان يقول بأخذ الأرش كله من له الرق.

(ص): (**ولو قال: أعتقك لتتزوجيني. لم يلزمها الوفاء، وكذلك المرأة لعبدها**)

(ش): لأنها ملكت نفسها بالعتق، والوعد لا يقضي به.

قال في "المتيطية": وعدم اللزوم هو المشهور المعمول به، وأنه لا بُدَّ من رضاها.

وحكى بعض الأندلسيين في "أحكامه " عن ابن القاسم: أَنَّهُ يُزَوِّجُهَا مِنْ نَفْسِهِ بغير رضاها، وليس عليه العمل.

(ص): (**الكفر: كتابي ومجوسي فيقران وزنديق ومرتد فلا يقران**)

(ش): هذا أيضًا من الموانع، وفيه حذف مضاف؛ أي: ذو الكفر؛ لأن الكتابي صاحب الكفر لا نفس الكفر.

ابن عبد السلام: وجعل من عدا الكتابي من الكفار مجوسيًا، وهو اصطلاحٌ مِنْهُ، وقد يُؤخذ ذلك من كلام كثير من الفقهاء، والمجوسي أخص من ذلك؛ لأن الوثني ليس بمجوسي، والأمر في ذلك قريب، وهذا كالمقدمة؛ لأن الكلام في النكاح فرع الثبوت على ذلك الدين.

(ص): (**ويجوز نكاح المسلم الكتابية الحرة إلا الأمة، ولو كان المسلم عبدًا**)

(ش): دليله قوله تعالى ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] ولا يجوز نكاح الحرة المجوسية على المعروف.

وحكى ابن القصار وغيره قولا بالجواز بناءً على أحد القولين أنَّ لَهُم كتابًا.

اللخمي: واختلف في الصابئة والسامرية، فقيل: الصابئة: صنفٌ من النصارى،

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٧.

والسامرية: صنف من اليهود.

وقيل: ليسوا منهم.

فعلى الأول تجوز مناكحتهم، وعلى القول الآخر لا تجوز.

فلا يجوز أيضًا نكاح الأمة الكتابية؛ لأن الله تعالى منع نكاح المشركات، ولم يستثن إلا الحرائر، ولأنه يلزم منه إذا كانت ملكًا لكافر إرقاق الولد له.

قال في "المتيطية": وَهَذَا هُو المشهور مِنْ قول مالك وابن القاسم المعمول به.

وقال أشهب في "كتاب محمد " في من أسلم وتحته أمة كتابية: لا يفرق بينهما. ونقله أيضًا اللخمي وغيره.

(ص): (وليس له منعها من خمر أو خنزير أو كنيسة، ولذلك كرهه مالك)

(ش): لأنه لما تزوج الكتابية فقد دخل على أنها باقية على دينها، واستيلاء الزوج على زوجته كاستيلاء الإمام على أهل الذمة، فَكَمَا أن عقد الذِمَّة لهم لا يمنعهم من ذلك، فكذلك عقد النكاح.

ونص مالك في "العتبية " على أنَّ مَنْ تَزَوَّجَ نصرانية فصامت مع أهل دينها أنه لا يفطرها.

مالك: ولا أرى أن يُكْرِهَهَا عَلَى ما عليه أهل دينها، ولا على أكل ما يجتنبون في صيامهم أو ما يجتنبون أخذه رأسًا.

قال في "البيان " في باب الصيام: وهذا مِمَّا لا اخْتِلاَفَ فيه أَنَّهُ ليس له أن يمنعها مِمَّا تتشرع به.

واختلف هل يمنعها من شرب الخمر وأكل الخنزير؟

ففيها: لا يمنعها.

وفي "الموازية": له منعها من الخمر والخنزير؛ لأن ذلك ليس من دينها، وله أن يمنعها من الكنيسة إلا في الفرض.

وقوله: (ولذلك كرهه مالك) يقتضي أنَّ مَالِكًا إنما يكره نكاح الكتابيات لذلك؛ لأن تقديم المعمول يشعر بالحصر، وهو كذلك، ففي "المدونة[1]": ويجوز للمسلم نكاح حرة كتابية، وإنما كرهه مالك، ولم يحرمه لما تتغذى به من خمر أو خنزير

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٨.

وتغذي به ولده وهو يقبل ويضاجع.

فإن قلت: ذكر في "المدونة(١)" للكراهة ثلاثة أسباب: أكلها للخنزير، وتغذية ولدها به، وكونه يقبل ويضاجع.

قيل: أما الثالث؛ وهو كونه يقبل ويضاجع فلا حاجة إلى ذكره؛ لأن ذلك لازم مع الزوجية.

وأما الثاني: وهو تغذية الولد به، فهو غير محقق لعدم تحقق سببه، وهو وجود الولد، فلذلك اقتصر المصنف على الأول.

ومقتضى كلامه في "المدونة(٢)" أنَّ ابن القاسم لا يُوافِقُ مَالِكًا على الكراهة.

المتيطي: وقيل: إنما كره ذلك؛ لأنهن قد يمتن وهن حوامل من المسلم، فيدفن في مقابر المشركين وهي حفرة من حفر النار.

وقال عبد الحميد: إنما كره ذلك؛ لأنه سكونٌ إلى الكفار ومودة لهن؛ لأن الله تعلى قال في الزوجين ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١] وذلك ممنوع لقوله تعالى: ﴿لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المجادلة: ٢٢] الآية.

فهذا إن لم ينتج التحريم فلا أقل من الكراهة.

(ص): **(ويكره في دار الحرب للولد)**

(ش): قال في "المدونة(٣)": وكره مالك نكاح نساء أهل الحرب لترك ولده بدار الكفر، وأنا أرى أن يطلقها ولا يقضى عليه. ولما كانت المفسدة التي تنشأ في تربية الولد بدار الحرب شديدة ذكرها المصنف، وإن كان قد أسقط التعليل بها في دار الإسلام كما تقدم.

عياض: والكراهة عند مالك هُنَا أَشَدُّ من الكراهة عنده ببلد الإسلام، وأجاز في "العتبية " للأسير أن يطأ زوجته وجاريته ببلد الحرب إذا أمن وصول أهل الحرب إليها مع كراهة ذلك للولد أيضًا.

(ص): **(ولو ملك مجوسية لم يحل له منها استمتاع بخلاف الكتابية)**

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٨.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٩.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ١٨٩.

(ش): القاعدة في ذلك أنَّ كُل من جز له وطء حرائرهن بالنكاح جاز وطء إمائهن بالملك، وكل من لم يجز وطء حرائرهن بالنكاح لم يجز وطء إمائهن بالملك.

قوله: (لم يحل له منها استمتاع)؛ أي: بجماع ومقدماته.

وقوله: (بخلاف الكتابية)؛ أي: فيجوز له ذلك إذا ملكها. وكل من جاز منه الاستمتاع بالوطء، جاز منه الاستمتاع بالقبلة وما في معناه، وبالعكس.

ولا يعترض على ذلك بالحيض؛ لأن الحيض طارئ ويزول عن قرب.

(ص): (والردة تقطع العصمة من الجانبين مكانها بتطليقةٍ بائنةٍ، وَلَهَا المسمى بالدخول، وقيل: رجعية بتوبته، وقيل: ينتظر في العِدَّة بعد البناء كالمشرك تسلم زوجته)

(ش): (من الجانبين) تتعلق بـ (الردة) لا بـ (تقطع)؛ لأن لا يتأتى من أحد الجانبين دون الآخر، ولأن مُرَاده أنَّ ارتداد أحد الزوجين يُوجِب قطع العصمة سواء كان الرجل أو المرأة.

وعلى هذا فيشكل؛ لأنه فرق بين (الردة) وهو مصدر وبين صلته بالخبر وهو أجنبي؛ لأن قوله: (تقطع) خبر عن (الردة).

واستعمل المصنف هنا لفظ (العصمة)؛ لأنه لفظ الإمام في "المدونة[1]"، ولأن علماءنا استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة:١٠]، فكان ذلك كالإرشاد إلى محل الدليل.

وقوله: (بتطليقةٍ) هو المشهور، وروى ابن أبي أويس وابن الماجشون أنَّ ذلك فسخ.

وكونها (بائنة) هو مذهب " المدونة[2]".

وقوله: (ولها المسمى بالدخول) ظاهر.

الجلاب: ولو ارتدت قبل الدخول بها سقط صداقها، وكذلك لو ارتد زوجها.

ويتخرج فيها رواية أخرى، وهي أن لها نصف الصداق.

وقال اللخمي: إن ارتد الزوج فلها النصف على القول بأنه طلاق. ويختلف على القول أنه فسخ، فقال مالك في "المبسوط": لها نصف الصداق.

وقال عبد الملك: لا شيء لها. والأول أحسن.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٠.

والقول بأنها: (رجعية بتوبته) للمخزومي، ومعنى (بتوبته)؛ أي: تكون رجعية بشرط التوبة كما قلنا أن طلاق المولي والمعسر بالنفقة رجعي، وشرط الرجعية الفيئة واليسر، والقول بأنه ينتظر في العدة نقله اللخمي عن ابن الماجشون، وبه قال أشهب في أحد قوليه، وروي عنه أيضًا كالمشهور.

(ص): **(فإن ارتد إلى دين زوجته فقال ابن القاسم كالمسلمة وقال أصبغ لا يحال بينهما)**

(ش): كما لو كانت تحته نصرانية، فارتد إلى النصرانية هذا ظاهر لفظه، وهو الذي في "الجواهر".

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يريد مَا هُو أعم من ذلك، فإن مقصوده إنما هو الفرق بين أن تكون مسلمة، فيفسخ النكاح وبين ألا تكون كذلك، فيختلف فيه، وهو ظاهر ما حَكَاهُ غير المؤلف. وصرَّح في التنبيهات بمشهورية قول ابن القاسم.

ورأى أصبغ أن سبب الحيلولة بينه وبين المسلمة إنما هو استيلاء الكافر على المسلمة، وعلى قول أصبغ فلا تحرم عليه الكتابية إن عاد إلى الإسلام.

فرع:

فإن تهود نصراني أو بالعكس أقر، وحكى ابن العربي رواية بالقتل لخروجه عن العقد الذي انعقد له إلا أن يسلم.

وأما لو تزندق يهودي أو نصراني، فقال أصبغ في "الواضحة": لا يقتل؛ لأنه خرج من كفرٍ إلى كفرٍ. وقاله مُطَرِّفٌ وابنُ عَبْدِ الحكم.

وقال ابن الماجشون: يقتل؛ لأنه دين لا يقر عليه احد، ولا تؤخذ عليه جزية.

ابن حبيب: ولا أعلم من قاله غيره ولا أقول به.

الباجي: يحتمل أن يريد بالزندقة هنا الخروج إلى غير شريعة مثل التعطيل، ومذاهب الدَّهرية، وحكى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر بن محمد قال: روى عبد الرحمن بن إبراهيم الأندلسي في النصراني أو اليهودي يتزندق أنه يقتل؛ لأنه خرج من ذمته إلى غير ذمته، ولو أسلم لقتل، كمسلم يتزندق، ثم يتوب.

(ص): **(ولو أسلم الزوجان معًا وكانا على صفة لو ابتدأ عليها لَصَحَّ قُرِّرَا عَلَى نكاحهما فَيُقَرَّانِ على نِكَاحٍ بلا وليٍّ ولا صَدَاقٍ ولا عَقْدٍ في العِدَّةِ والنكاح المؤجل إلا إذا أسلما أو أحدهما قبل انقضاء العدة والأجل بخلاف المحارم)**

(ش): هذا شروع من المصنف في الكلام على إسلام الزوجين الكافرين، وفي ذلك ثلاث صور:

الأولى: أن يسلما معًا.

والثانية: أن تسلم الزوجة وحدها.

والثالثة: أن يسلم الزوج وحده. وتكلم المصنف هنا على الأولى.

وقوله: (أسلم الزوجان معًا) يحتمل في وقتٍ واحدٍ، وهو ظاهر لفظه.

ويحتمل أتيا معًا إلينا مسلمين، وإن افترق إسلامهما في الزمان، وهو ظاهر كلام الباجي؛ لأنه قال: وإذا أسلما قبل البناء في وقتٍ واحدٍ مثل أن يأتيا جميعًا مسلمين، ففي "النوادر " أنهما على نكاحهما.

قوله: (وكانا على صفة... إلى أخره) حاصله إن كان المنع لصفة في الزوجين، كما لو كانا محرمين لم يقر نكاحهما، وإن كان لسبب خارج عنهما قُرِّرَا على نكاحهما، فيقران على نكاح بلا وليٍّ ولا صَدَاقٍ ولا عَقْدٍ، وعلى النكاح في العدة ونكاح المتعة وهو مراده بقوله: (والنكاح المؤجل)، ونَصَّ اللَّخْمِيُّ على أَنَّهُ لَو كان زنا، ثم تراضيا على البقاء على وجه الزوجية أنهما يبقيان إذا أسلما.

وقوله: (إلا إذا أسلما... إلى آخره)؛ أي: فإن يفسخ في هاتين الصورتين، وإن كان الفساد فيهما ليس لصفة راجعة إلى الزوجين. نص على الأولى - وهي إذا أسلما قبل انقضاء العدة - ابن القاسم وأشهب في "الموازية"، ولا إِشكال فيهما؛ لأن التمادي على النكاح هتكٌ لحرمة العدة، وفيه سقي مائه زرع غيره.

ونص على الثانية أشهب في "الموازية"، ورأى أنَّا لو أبحنا لهما التمادي إلى الأجل لكنا أمضينا نكاح المتعة في الإسلام.

هكذا أشار ابن عبد السلام إلى تعليل المسألة.

وينبغي أن يفهم مَا قَالُوهُ مِنْ عَدَمِ التَّمَادِي في هذه الصورة على ما إذا قالا: نحن نتمادى إلى بقية الأجل. وأما لو تَمَادَيا على الإطلاق، فينبغي أن يصح النكاح؛ لأنهما إذا تماديا على الإطلاق لا يكون نكاح متعة، وهو الذي يُؤخذ من كلام اللخمي؛ فإنه قال: يثبت نكاحهما سواء كان أصله فاسدًا أو صحيحًا، دَخَلَ أو لَمْ يَدْخُل، وإن كان أصله نكاح متعة، ثم تراضيا بعد الأجل على البقاء جاز.

أشهب: وَلَو أَسْلَمَ بعد الأجل ثبت النكاح بَنَى أَو لَمْ يَبْنِ.

قوله: (بخلاف المحارم) هُو مُقَابِلٌ لقوله: (وَكَانَا عَلَى صِفَةٍ لو ابتدا عليها لَصَحَّ).

(ص): **(والمشهور أن أنكحتهم فاسدة، وإنما يصح بالإسلام ما ذكرناه)**

(ش): المشهور كما ذكر فساد أنكحتهم؛ لأن صحة العقد مفتقرة إلى شروط هي معدومة في أنكحتهم كالولي، ورضا المنكوحة، وألا يكون في عدة، بصداق يجوز تملكه، وبشهود. قاله ابن يونس. وفيه نظر؛ لأنه يقتضي أنَّه لو انعقد نكاحهم بالشروط المعتبرة في الإسلام لَصَحَّ، وليس كذلك.

وقال ابن راشد بعد ذكره المشهور: وقيل: بل ينظر، فإن وقعت على الشروط المعتبرة فهي صحيحة، وإلا فهي فاسدة، وهو اختيار شيخي القرافي. انتهى.

وحكى صاحب " الاستلحاق " الشاذ عن بعض مذاكريه، وبناه ابن بشير على القولِ بعدم خطاب الكفار.

واستشكل القرافي في "الذخيرة " المشهور؛ لأن ولاية الكافر للكافرة صحيحة، والشهادة عندنا ليست شرطًا في العقد حتى نقول لا تَصِحُّ شهادتهم لكفرهم، وقد يشهدون للمسلمين.

ونصَّ ابن عبد السلام على أن الخلاف حاصل فيما اجتمعت فيه الشروط كغيره.

(ص): **(وإن كان طلقها ثلاثًا، فإن أسلما في الحال قُرِّرَا على نكاحهما، وإن كان قد أبانها لم يقر، ولكنه يعقد من غير محلل)**

(ش): لأن الطلاق فَرعُ صحة النكاح، فإن أبانها صارت كالأجنبية.

وقال المغيرة: طلاق المشركين طلاق، ولا تحل له إلا بعد زوج. يريد: إذا طلقها ثلاثًا، وهو إما بناء على صحة أنكحتهم، وإما أنَّ النكاح المختلف في فساده يلزم فيه الطلاق.

وعلى هذا فيقال: كان ينبغي على المشهور لزوم طلاقهم للخلاف في صحة أنكحتهم، إلا أن لا يُرَاعَى هذا النكاح.

وهذا كله إذا لم يتحاكموا إلينا، فإن تحاكموا إلينا ففي "المدونة[1]": إذا طلق الذمي ثلاثًا فرفعت المرأة أمرها إلى الحاكم، فلا يحكم بينهما إلا أن يرضيا بحكم الإسلام، فالحكم مُخَيَّرٌ إن شاء حكم، وإن شاء ترك، فإن حكم حكم بينهم بحكم الإسلام.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩١.

قال: وأحب إلي ألا يحكم بينهم، فطلاق المشرك ليس بطلاق.

صاحب " الاستلحاق " وابن محرز: ظاهره أَنَّهُ لا يلتفت في الحكم بينهم إلى رضا أساقفتهم.

وفي "العتبية " لابن القاسم: لا بُدَّ مِنْ رِضَا أساقفتهم.

عياض: وظاهره يحكم بحكم الإسلام إن حكم بينهم: أن يتركهما ولا يفرق بينهما؛ إذ هو حكم الإسلام في طلاق أهل الكفر كما قال.

وعلى هذا تأوَّل المسألة ابن أخي هشام وابن الكاتب، وغير واحد، وهو أظهر، وحَمَلَهَا القَابِسِيُّ وغيره على ظاهر اللفظ، وعلى أنه يحكم بينهم بالفراق؛ إذ هو حكم الإسلام الذي تراضوا به، ثم اختلفوا، فأما القابسي فلم ير أن يزيد الحاكم شيئًا على أن يفرق بينهما فراقًا مجملا دون الثلاث، وذهب ابن شبلون إلى الحم بالثلاث كما يحكم بين المسلمين ويبينها منه.

وكان الشيخ أبو محمد يقول: إن كان العقد صحيحًا لزمه الطلاق، وإن كان مخالفًا لشروط الصحة لم يلزمه شيء، وقد يحتج لهذا بما وقع في كتاب العتق الثاني في النصراني يعتق عبده ويتمسك به أنه لا يعرض له إلا أن يرضى السيد بحكم الإسلام، فيحكم عليه بحريته، والظاهر أنه والطلاق سواء. انتهى.

خليل: وفرق في "الاستلحاق " بأنه في العتق ما يملكه بملك ثبت، فلذلك حكم عليه بخلاف النكاح.

قيل: ومنشأ الخلاف بين ابن شبلون وابن الكاتب الاختلاف في معنى قول مالك حكم بينهم بحكم الإسلام هل معناه بحكم الإسلام في الإسلام، فيلزم الطلاق، أو يحكم الإسلام في أهل الشرك، فلا يلزم؟

(ص): (وإصداقها الفاسد كالخمر أو الإسقاط إن كان قبض ودخل مضى، وإلا فصداق المثل على المشهور. وقيل: قيمته لو جاز بيعه. وزيد في القسم الثالث وهو إن كان قبض وما دخل فربع دينار والسقوط، وعلى المشهور يكون كنكاح تفويض ابتداء)

(ش): حاصله أنَّه إذا أصدق الكافر زوجته الكافرة صداقًا فاسدًا كالخمر ونحوه فله أربعة أقسام، وقد تقدَّم أنه يبتدأ في القسمة الرباعية بإثباتين، ثم بنفيين، ثم بإثبات الأول، ونفي الثاني، ثم بالعكس، فيكون الأول: قبض ودخل، والثاني: لم يقبض ولم يدخل، والثالث: قبض ولم يدخل، والرابع: عكسه.

ولأجل أن المصنف أراد هذه الأقسام الأربعة، قال: (وزيد في القسم الثالث).

قوله: (مضى)؛ لأنها مكنته من نفسها، وقضت العوض في وقت يجوز لهما المعاوضة به.

قوله: (وإلا فصداق المثل على المشهور) يدخل فيه الثلاثة الأقسام؛ أي: وإن لم يحصل القيدان، فيلزم فيه صداق المثل على الشهور، وهو مذهب " المدونة[1]"، ونصها: وإن نكح نصراني نصرانية بخمرٍ أو خنزيرٍ أو بغير مهرٍ أو شرط ذلك، وهم يستحلونه في دينهم، ثم أسلما بعد البناء ثبت النكاح، فإن كانت قبضت قبل البناء ما ذكرنا، فلا شيء لها غيره، وإن لم تكن قبضت، وقد بنى بها، فلها صداق المثل، فإن كان لم يبن بها حتى أسلما، وقد قبضت ما ذكرناه أو لم تقبض خير بين إعطائها صداق المثل ويدخل بها، أو الفراق، ويكون طلقة، ويصير كمن نكح على تفويض.

وقال غيره: إن قبضته مضى ولا شيء لها غيره بنى بها أو لم يبن.

وإلى ما ذكره في "المدونة[2]" من أنها إذا لم تقبضه، ودخل الزوج بها يكون لها صداق المثل، ومن أنها إذا لم يدخل الزوج بها سواءٌ حصل القبض أو لم يحصل يُخَيَّرُ الزوج، أشار إليه المصنف بقوله: (وعلى المشهور يكون كنكاح تفويض ابتداء)؛ لأن نكاح التفويض إذا دخل فيه الزوج يلزمه فيه صداق المثل، وإذا لم يدخل يُخَيَّر الزوج، فإن فرض صداق المثل لزمها، وإن فرض أقل منه لم يلزمها، ولا يلزمه هو أن يفرض صداق مثلها.

قوله: (وزيد في القسم الثالث) إلى آخره، حاصله أنَّه فيه أربعة أقوال على المشهور: يخير الزوج كنكاح التفويض.

الثاني: أنَّ لَهَا قيمته لَو جَازَ بَيعه، وهو قول ابن عبد الحكم لكنه لم يجزم به، بل قال: القياس أن لها قيمة الخمر بِمَنْزِلَةِ مَنْ تَزَوَّجَ بثمرة لم يَبْدُ صلاحها، فلم تجذ حتى أزهت، أن النكاح لا ينفسخ، ولها قيمة ذلك.

اللخمي: وهو أحسن، فإن كانت قيمة الخمر عشرين وصداق مثلها عشرة لم يلزمها قبول عشرة؛ لأنها دون ما رضيت به، وإن كان صداق مثلها ثلاثين لم يلزمه ثلاثون؛ لأنها فوق ما رضيت به.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩١.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٢.

الثالث: أن لها ربع دينار، وهو قول أشهب في "الموازية"، قال: وإن لم يعطيها ربع دينار فسخ.

الرابع: لا شيء لها، وعزاه المتيطي لابن القاسم وعبد الملك، وهو أقيس؛ لأن طريان ما أسقط ملكها عنه كطريان موت عبد أو دابة أخذته في صداقها، وهذا هو القول الذي ذكره في "المدونة[1]" عن غير ابن القاسم.

ابن محرز وغيره: وهو المستحسن، وهو خير من قول ابن القاسم في "المدونة[2]"؛ لأنهم لا يختلفون أن النصراني إذا أسلم، وله ثمن خمر أو خنزير أن الثمن له حلال، والبضع هنا ثمن الخمر، فهو له حلال.

وصرح اللخمي بِأَنَّ هذا القول هو المعروف من المذهب.

ابن يونس: وعلى قول الغير هُنَا إن قبضت نصفه قبل البناء كان لها نصف صداق المثل، وكذلك في جميع الأجزاء على هذا الحساب.

تنبيه:

قول المصنف: (إن كان قبض ودخل مضى) لم يشترط فيه ما قال في "المدونة[3]": وَهُمْ يَسْتَحِلُّونَهُ في دينهم.

إما لأنه وصفٌ طردي لا على سبيل الشرط، وإما لأنه لا يُوجد كافر لا يستحل ذلك، وإلى هذا ذهب بعضهم، ورأى بعضهم أنه شرط مقصود من ابن القاسم، فقال: يريد أنهم لو دخلوا عليه وهم لا يستحلونه لم يدخلوا على النكاح بل على الزنا، فلا يثبت ذلك العقد بعد الإسلام إلا أن يكونوا قد تمادوا عليه على وجه النكاح، وهو ظاهر إن وجد من الكفار لا يستحل ذلك.

وقيل: إنما قال: (وهم يستحلونه) تنبيهًا بالأخف على الأشد؛ لأنه قد تتوهم الصحة إذا كانوا يستحلونه، فبيَّن أنه لا فَرق.

(ص): (**والإسقاط والدخول كقبض الفاسد، وقيل: صدق المثل وإن دخل**)

(ش): قوله: (كقبض الفاسد) أي فلا شيء لها، (الفاسد) صفة لمحذوف؛ أي: كقبض المهر الفاسد، وقوله في القول الثاني: (وإن دخل) لا حاجة إليه؛ لأن المسألة

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٣.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٣.

مفروضة مع الدخول، وليس في "المدونة[١]" في هذه المسألة نصٌّ صريحٌ؛ لأنه جمع فيها بين مسألة الذمي الذي يتزوج بخمر، والذي يتزوج بلا صداق، ثم أجاب عن مسألة الخمر، واختلف في مذهب الكتاب في ذلك، فقال ابن أبي زيد واللخمي وغيرهما: إن دخل بها فلها صداق المثل كما إذا لم تقبض الخمر أو الخنزير. وهو مذهب ابن القاسم في "الواضحة". وهذا هو القول الثاني من كلام المصنف.

عياض: وذهب غير ابن أبي زيد إلى إنه إن دخل بها فلا شيء لها. وهو مذهب محمد.

عياض: وهو الصحيح. وهذا هو الذي قدَّمه المصنف، وإليه ذهب صاحب " النكت".

ابن يونس: وهو ظاهر " المدونة[٢]".

عياض: وأما قبل الدخول، فقالوا: لا يختلف أنه لا يدخل بها إلا يفرض مهر مثلها.

وقوله: لا يختلف أنه لا يدخل بها إلا أن يفرض؛ أي: ولا يجبر الزوج الزوجة على ذلك.

صرَّح به اللخمي.

واختار اللخمي أنه لا شيء لها إلا ربع دينار لحق الله تعالى.

فرع:

واختلف قول ابن القاسم إذا أسلمت قبل البناء بعد أن قبضت الخمر، ولم يسلم زوجها، فقال في "العتبية": ترد قيمة ما قبضته من خمرٍ فات أو لم يفت، ويكسر الخمر عليها.

وقال في "الواضحة": لا شيء عليها لا نصف ولا غيره.

اللخمي: وأرى إن أسلمت والخمر بيدها أن يرد إلى الزوج ولا يكسر عليها؛ لأن إسلامها يفسخ النكاح ويسقط ملكها عن الصداق، ويعود ملكًا للزوج ويرجع في عينه.

وإن فاتت الخمر غرمت قيمتها؛ لأن إسلامها يُوجب رد الصداق إذا كان دنانير أو سلعة.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٤.

(ص): (وإذا أسلمت زوجة كتابي أو مجوسي قبل البناء بانت مكانها اتفاقًا)

(ش): قد تقدم لإسلامها ثلاث صور، تكلم المصنف على الأولى، وهذا الكلام على الثانية.

وما حكاه المصنف من الاتفاق حكاه ابن يونس، وحكى اللخمي في ذلك خلافًا، فقال: واختلف إذا أسلم عقب إسلامها نسقًا، فقيل: بانت منه.

وفي "العتبية": أنه أحق بها.

وكذلك حكى ابن بشير وابن راشد إذا أسلم عقيب إسلامها قولين، وبناه ابن بشير على أنَّ ما قرب من الشيء هل له حكمه أم لا؟ وأجراه اللخمي على من طلق زوجته ثلاثًا قبل البناء واحدة بعد واحدة هل تلزمه الثلاث أو واحدة؟ وعلى هذا فالاتفاق إنما هو مع الطول.

وأشار الباجي إلى أن الخلاف مع القرب إنما هو مخرج.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب. وكان الأولى أن يقول موضع (اتفاقًا) على المشهور أو المنصوص.

(ص): (وبعد البناء ينتظر في العدة اتفاقًا للسنة)

(ش): أي: وإن أسلمت الزوجة فقط (بعد البناء) فإن الزوج (ينتظر في العدة) للسنة اتفاقًا، فإن أسلم في عدتها كان أحق بها.

وأشار بقوله (للسنة) إلى ما في "الموطأ" من: "إِقْرَارِهِ عليه الصلاة والسلام صَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ عَلَى بِنْتِ الوَلِيدِ بْنَ المُغِيرَةِ بَعْدَ شَهْرٍ مِنْ إِسْلامِ زَوجَتِهِ، وَلِمَا فِيهِ أَيْضًا مِنْ إِقْرَارِهِ عليه الصلاة والسلام عِكْرِمَةَ بْنَ أَبِي جَهْلٍ عَلَى أُمِّ حَكِيمٍ".

وما رواه أبو داود عن ابن عباس: من أنه عليه الصلاة والسلام " رَدَّ ابْنَتَهُ زَيْنَبَ إِلَى أَبِي العَاصِ بْنِ الرَّبِيعِ بِالنِّكَاحِ الأَوَّلِ، وَفِي رِوَايَةٍ بَعْدَ سِتِّ سِنِينَ"[1]. ابن عبد البر: وفي بعض طرقه بعد سنتين.

وروى الدارقطني[2] والترمذي[3]، عن حجاج بن أرطاة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أنه عليه الصلاة والسلام " رَدَّ ابْنَتَهُ زَيْنَبَ إِلَى أَبِي العَاصِ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ".

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٢٢٤٠).

(٢) أخرجه الدارقطني، برقم (٣٥٨٤).

(٣) أخرجه الترمذي، برقم (١١٤٢).

وصحح صاحب " الاستذكار " هذا، وضعفه غيره.

ابن عبد البر: وإن صح ما رواه الدارقطني فإما لأنها لم تخص ثلاث حيض حتى أسلم زوجها، وإما لأن الأمر فيها منسوخ عند الجميع بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: في عدتهن، ولا يجوز رجوعها إليه بعد العدة عند الجميع، إلا شيء روي عن النخعي وَشَذَّ فيه، ولم يتابعه عليه إلا بعض أهل الظاهر.

(ص): **(ولو طلقها في العدة قبل إسلامه كان لَغْوًا)**

(ش): إذ لا ملك له عليها حينئذٍ، وطلاق الكافر غير معتبر، وقد تقدم عن المغيرة أن الكافر يلزمه الطلاق في الكافرة، فأحرى أن يقوله هنا؛ لأنه حكم مسلمة وكافر.

قاله ابن عبد السلام.

وقد يقال: إن المرأة هنا في حكم البائنة، وإنما أقر عليها إذا أسلم تأليفًا بخلاف الكافر إذا طلق الكافرة في عصمته، والله أعلم.

(ص): **(فإن أسلم الزوج قُرِّرَ على نكاح الكتابية الحرة، ولو كانت صغيرة زوجها أبوها)**

(ش): هذه الصورة الثالثة إذا أسلم الزوج فقط قرر على نكاح الكتابية الحرة؛ لأنه إذا كان يجوز له ذلك ابتداءً فلأن يجوز له التمادي من باب الأولى.

قوله: (ولو كانت صغيرة زوجها أبوها) هو كذلك في "المدونة[1]"، وزاد فيها: ولا خيار لها إن بلغت. ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم أَنَّهُ قَالَ: يُكْرَهُ التمادي على نكاح الكتابية هُنَا، كَمَا يُكْرَهُ للمسلم نكاحها ابتداءً.

(ص): **(وأما غيرها فقال ابن القاسم: إن أسلمت أو عتقت الكتابية، ولم يبعد ما بينهما ثبت بَنَى أو لم يَبْنِ)**

(ش): يعني: وأَمَّا غَيْرُ الحرة الكتابية، فيدخل في ذلك الأمة الكتابية والمجوسية حُرَّةً كَانَتْ أو أمة، (فقال ابن القاسم: إن أسلمت). يعني: المجوسية (أو عتقت)؛ يعني: الأمة الكتابية، وسيأتي تفسير قوله: (ولم يبعد).

(ص): **(وإلا فسخ بطلاق، وفيها: ما فسخ لإسلام أحد الزوجين فبغير طلاق)**

(ش): أي: وإن لم تسلم بالقرب فسخ، وهل بطلاق؟

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٥.

ابن عبد السلام وغيره: والمشهور ما في "المدونة[١]" أنه يفسخ بغير طلاق وهو الذي في الرسالة وغيرها.

ابن المواز: والفرق بين إسلام أحد الزوجين أنه فسخ بغير طلاق، وبين ردته أن الردة طرأت على نكاحٍ صحيحٍ، وأيضًا المسلم يلزمه طلاقه، فكذلك لما أحدث من الردة الطلاق، والكافر لو طلق لم يلزمه وإن أسلم فلم يلزمه بما فعل طلاق.

(ص): **(وقال: فإن غفل عنهما أكثر من شهر، فليس بكثير. وعنه: إن أسلمت مكانها ثبت وإلا فلا، وَفَرَّقَ أشهب بَيْنَ مَا قَبْلَ البناء وبعده كما قيل: في إسلام الزوجة قبله سواء)**

(ش): هذا تفسير لقوله: (ولم يبعد). وقوله: (وقال: فإن غفل عنهما) فيه نظر؛ لأن ابن القاسم لم يذكر في قوله غفلة، وإنما تأول ذلك عليه، ونص " التهذيب": وإن أسلم مجوسي أو ذمي وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام حينئذٍ، فإن أَبَتْهُ وقعت الفرقة بينهما.

محمد: يريد إن لم تسلم مكانها.

ثم قال في "التهذيب": فإن أسلمت بقيت زوجة ما لم يبعد ما بين إسلامهما، ولم يحد مالك البعد، وأرى الشهر وأكثر من ذلك قليلا ليس بكثيرٍ. وفي بعض الروايات: وأرى الشهرين.

المتيطي: وكذلك في "الموازية"، وروي خارج " المدونة[٢]": أقل من الشهر.

وتأوَّلَ ابنُ اللَّبَّادِ وغيره من القرويين " المدونة[٣]" على أَنَّهَا لا توقف هذه المدة، وإنما مَعْنَاهَا: غفل عن إيقافها، وجعلوا قول ابن القاسم موافقًا لقول مالك أنَّه إن عرض عليها الإسلام ولم تسلم فرق بينهما ولم توقف.

وقال ابن أبي زمنين: المعروف أنها إن وقفت إلى شهر أو بعده، فأسلمت أنها امرأته.

عياض: ظهر كلامه خلافه ما تَأَوَّلَهُ القرويون.

وقوله: (وعنه: إن أسلمت مكانها ثبت وإلا فلا)؛ أي: وعن ابن القاسم.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٥.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٦.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٦.

وتصوره ظاهر.

وقال أشهب في "الموازية": لا يُفَرَّقُ بينهما في الدخول حتى تخرج من العدة؛ يعني: وأمَّا قبل البناء فتبين بمجرد إسلامه.

محمد: وأصحابنا على قول ابن القاسم، قاله أيضًا أشهب، وعن أشهب: أنه يعرض عليها الإسلام بعد البناء اليومين والثلاثة. وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة، فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة، ويُؤْخَذُ مِنْ هَذَا أَنَّ الاستبراء في إسلام أحد الزوجين حيضة.

اللخمي: قال مالك وابن القاسم: تستبرأ بثلاث حيض.

وقال ابن القاسم في "العتبية " في النصرانية يطلقها النصراني، فتحيض حيضة، ثم تتزوج مسلمًا: لا أفسخ نكاحه؛ لأن مالكا يقول: تجزئها حيضة.

تنبيه:

قوله: (أكثر من شهر) ليس مُقَيَّدًا بِالقِلَّةِ، وينبغي أن يقيد بها كما في "المدونة[1]".

(ص): **(وإذا سبق سقطت نفقة ما بينهما)**

(ش): أي: سبق الزوج بالإسلام وذلك بعد الدخول.

قوله: (ما بينهما)؛ أي: بين إسلام الزوج وإسلامها، وإنما سقطت نفقتها؛ لأن الامتناع من سببها.

(ص): **(وإذا سبقت فقولان)**

(ش): هما لابن القاسم بناءً على أنها محبوسة من أَجْلِهِ لما كان أحق بها في العدة فتجب لها، أو هي منعت نفسها بإسلامها والنفقة في مقابلة الاستمتاع.

ابن أبي زمنين: وهو الصحيح في النظر.

وكذلك قال اللخمي: عدم النفقة أحسن.

وقال ابن راشد: هو أقيس.

وأخذ أصبغ بالقول بالوجوب، وأفتى به، وَهَذَا مَا لَمْ تَكُنْ حَامِلا، وأمَّا إن كانت حَامِلا، فلها النفقة والسُّكْنَى بالا تفاق.

قاله ابن عبد السلام، قال: وليس ما وقع في بعض نسخ ابن بشير من الخلاف في

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٧.

السكنى صحيحًا.

واعلم أن القولين في النفقة موجودان، سواء أسلم الزوج أو لم يسلم، وليس كَمَا يُعْطِيهِ كلام المصنف أنهما مقصوران على مَا بَيْنَ إسلامهما.

(ص): (لو أسلم صَغِيرٌ وتَحْتَهُ مجوسية لم يفسخ حتى يحتلم؛ لأنه لو ارتد قبل بلوغه لم يقتل)

(ش): لا إشكال أن إسلام أحد الزوجين إذا كان في سن من لا يميز لا يوجب فراقًا، وأما إن كان يعقل الإسلام قالوا: وهو سن الإثغار فما فوقه. فإن أسلم الزوج وتحته مجوسية لم يفسخ نكاحه حتى يحتلم؛ لأنه لو ارتد قبل ذلك لم يقتل، وقاله في "المدونة[1]".

وفيها أيضًا مَا يَدُلُّ عَلَى خِلافِ هَذَا، وأَنَّهُ يُعْتَبَرُ إسلام المميز، ففي التجارة إلى أرض الحرب أَنَّه يُجْبَرُ الكَافِرُ على بيعِ عبده الصغير إذا أسلم، وفي الجنائز أَنَّهُ يُصَلَّى على الصغير يجيب إلى الإسلام.

وقد حَكَى اللخمي في مسألة المصنف هذه قولين منصوصين:

أحدهما: ما ذكره المصنف.

والثاني: أن إسلامه إسلام. قال فعليه إن كانت بالغة عرض عليها الإسلام على مذهب ابن القاسم، ثم يختلف هل تؤخر ثلاثة أيام؟ ويختلف إذا غفل عنها، ولم يعرض لها الشهر والشهرين هل يكون أحق بها؟ وعلى قول أشهب تقع الفرقة بينهما مكانه، وسواءٌ دَخَلَ بِهَا أَم لا؛ لأن دخول من لم يبلغ كلا دُخول.

فرع:

وأمَّا إِنْ أَسْلَمَتْ الزوجة الصغيرة فقط، فعلى القول بأن اعتبار إسلامها إن كان الزوج دَخَلَ، وهو بَالِغٌ فعليها العِدَّة، وهو أحق بها إن أسلم في عِدَّتِها، وإن لم يكن دخل بها أو دخل ولم يبلغ بانت، وإن أسلم بعد ذلك إلا أن يكون إسلامه عقب إسلامها، فيختلف فيها.

وعلى القول بِأَنَّه لا يُعتبر إسلامها، فيوقف زوجها البالغ عنها ولا تكون عليها عدة، فإذا ثبتت على إسلامها بعد البلوغ فالعدة عليها حينئذٍ، ويكون أحق بها إن أسلم

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٧.

في عدتها. قاله اللخمي.

وعن سحنون أنَّ الفرقة تَقَعُ بَيْنَ الزَّوجين إِذَا أسلمت، يعني في صغرهما أو في صغر أحدهما، كما تَقَدَّم.

قال: كَمَا يُبَاعُ العبد على سيده بخلاف ما إذا كان هو أسلم وزوجته مجوسية.

واعترضه ابن عبدوس، وقال: كيف تقع التفرقة بإسلامها، ولا تقع بإسلامه.

التونسي: ولا فرق بينهما.

وقال ابن رشد: للإسلام حُرمة، وإن كان قبل البلوغ، فعليها إذا أسلمت ضررٌ في البقاء على عصمة كافر، ولا ضرر عليه هو إذا أسلم في البقاء على عصمة كافرة، وفيه نظر.

اللخمي: وإن أسلم أبواهما والزوجان صغيران في سن من لا يميز كانا بإسلام الأبوين في حكم المسلمين، وإن أسلم أبوها وقعت الفرقة؛ لأنه ليس ثم دخول.

ويختلف إذا أسلم أبوه، فعلى قول ابن القاسم يعرض على أبيها الإسلام، وعلى قول أشهب وقعت الفرقة وإن أسلم أبواهما.

وأما إن عقلا دينهما لم يكن إسلام الأبوين إسلامًا لهما.

(ص): **(وإذا أسلم على عشرٍ اختار أربعًا، أوائل أو أواخر)**

(ش): لحديث غيلان الثقفي أَنَّهُ أسلم وعنده عشر نسوة فأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار أربعًا منهن. وبين أهل الحديث في صحته وضعفه - وعليه الأكثر - خلاف.

ونبه بقوله: (أوائل كن أو أواخر) على خلاف أبي حنيفة في قوله: بتعيين الأوائل، وفيه ضعف؛ لأن التخيير ينافي التعيين.

ابن عبد السلام: وخرج بعض الشيوخ لأشهب مثل قول أبي حنيفة.

(ص): **(فإن لم يدخل بواحدة منهن فلا مهر للبواقي،** وقال ابن المواز: **لكل واحدة خمس صداقها؛ لأنه لو فارق الجميع** لزمه صداقان. وقال ابن حبيب **نصف صداقها؛ لأنه في الاختيار كالمطلق)**

(ش): قوله: (**فلا مهر للبواقي**)؛ أي: المتروكات؛ لأنه مغلوب على الفراق.

ابن محرز وغيره: وعليه فالفسخ بغير طلاق، وعلى قول ابن المواز وابن حبيب يكون طلاقًا، وفي "التنبيهات": قالوا: مذهب ابن القاسم أنه يفسخ بغير طلاق، خلاف

ما في "الواضحة".

واحتج ابن المواز بما ذكره المصنف أنه: (لو فارق الجميع لزمه صداقان) وإذا قسم اثنان على عشرة يكون لكلِّ واحدة خمس، فيكون للست اللاتي فارقهن حظهن من الصداقين. ورأى ابن حبيب أنَّه لما اختار الأربع دون غيرهن عد في الاختيار كالمنتقل، فكان كالمطلق. وفيه نظر؛ لأنه لو كان كالمطلق للزم إذا اختار أربعًا، فوجدهن مَحَارِمَ أَلا يَخْتَارَ بَقِيَّةَ الأربع من الست؛ لأنهن بِنَّ عَنْهُ بِالطَّلَاقِ، ولا يُقَالُ: لَمْ يجعله ابن حبيب مُطْلَقًا، وإنما قال: كالمطلق؛ لأنا نقول: إنما يلزم نصف الصداق من طلق أما شبهه فلا، وأيضًا فلأنه إذا طَلَّقَ بعد اختيار، فيكون طلاقه مَانِعًا مِنَ التَّمَسُّكِ بهذه الأربع.

(ص): (**فإن مات ولم يختر فعلى المشهور، وقول ابن المواز عليه أربع صدقات، لكلِّ واحدةٍ خمسا صداقها. وعلى قول ابن حبيب أربع صدقات لأربعٍ وثلاثٍ لِستٍّ يقتسمن الجميع أعشارًا**)

(ش): لأنه إذا مات ولم يختر فليس في عصمته شرعًا غير أربع، فيلزمه لكل واحدةٍ صداق، وليست واحدة من العشر بأولى من الأخرى، فتقسم الأربعة على عشرة، فيكون لكل واحدة خمسا صداقها.

وعلى قول ابن حبيب يكون لكل واحدةٍ سبعة أعشار صداقها. وما ذكره المصنف من أنه على قول محمد يكون الواجب عليه أربعة أصدقة كالمشهور، نحوه لِلَّخْمي وابن بشير، ونقله ابن شاس عن محمد، واستشكل؛ لأن الموت كالدخول في تكميل الصداق، وَهُو لَو بَنَى بأربع منهن، وجهلت أعيانهن، لكان لمجموع العشر عند محمد خمسة أصدقة، وخمس صداق؛ لأن للأربع أربع صدقات، ولكل واحدة من الست خمس صداق، وهكذا نقله ابن يونس وغيره.

(ص): (**ومن بنى بها فها صداقها، ومن لم يبن بها فعلى ما تقدم**)

(ش): لا إشكال في أن من بنى بها لها الصداق، ومن لم يبن بها، فعلى ما تقدم، أي: فإن اختارها كان لها الصداق، وإن اختار أربعًا فبنى بهن وفارق غيرهن لم يكن لهن شيء على المشهور، ويأتي قول ابن المواز وقول ابن حبيب، وهو ظاهر.

(ص): (**وكذلك لو تزوج أربع رضيعات، فأرضعتهن امرأة اختار واحدة ولا شيء للبواقي على المشهور، ويجيء القولان عليهما**)

(ش) يعني: أن الأربع في هذه المسألة كالعشرة في التي قبلها، فيمسك واحدة ويفارق ثلاثًا، ولا شيء لهن عند ابن القاسم؛ لأنه مغلوب على الفراق.

وعلى قول ابن المواز لكلِّ واحدةٍ ثمن صداقها؛ إذ لو فارق الجميع، لم يلزمه إلا نصف صداق.

وعلى قول ابن حبيب لكل واحدةٍ نصف صداقها.

ابن يونس: قال بعض فقهائنا: ولو مات الزوج قبل أن يختار واحدة من الأربع لم يجب عليه إلا صداق واحد للجميع اتفاقًا؛ لأنَّ واحدة يصح نكاحها والثلاث محرمات، فوجب عليه صداق واحد يقسم على سائرهن، وكذلك يتفق على وجوب النصف إذا طلق الأربع قبل أن يختار واحدة، وما ذكره المصنف من أنَّه يختار واحدة هو المشهور، وقال ابن بكير وابن الكاتب: إن أرضعت واحدة بعد واحدة، فلا يجوز له أن يختار واحدة منهن، وهو بمنزلة من تزوج الأختين في عقدة واحدة. هكذا نقل ابن عبد السلام هذا القول، وإذا فسخ النكاحان عليه إذا أرضعت واحدة بعد واحدة فمن باب الأولى إذا أرضعتهما معًا.

وفرق في "المدونة[1]" بين ما قاس عليه ابن بكير، فإن العقد هُنَا صحيحٌ بخلاف من تَزَوَّجَ الأُخْتَيْنِ.

ابن القابسي: ومن اختار فراقها فهو بغير طلاق عند ابن القاسم؛ لأنه لا يرى لها صداقًا، ومن رأى لها من الصداق شيئًا فسخ بطلاق.

وقال غيره: بل الفرقة، على قول ابن القاسم بطلاق؛ لأنه الذي يختار فيمن أراد.

ابن يونس: يريد: وليس كل موضع يكون فيه الفراق بطلاق يلزم فيه الصداق لما يوجد في غير مسألة من الفسخ بطلاق ومن غير صداق.

(ص): (فيرجع على المرضعة المعتدية بما يغرم)

(ش): هذا تفريع على قول محمد وابن حبيب، وأما على المشهور فلا غرامة، وما ذكره المصنف من رجوع الزوج على المرضعة المتعدية قاله ابن الكاتب؛ وظاهره أنها لو لم تتعمد كما لو أرضعت غالطة تظن أن الرضيعة ابنتها لم تغرم، وقد يقال بوجوب الغرم عليها وإن لم تتعمد؛ لأن القاعدة أن العمد والخطأ في الضمان سواء.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٨.

وفي "المدونة[1]" ما يؤخذ منه قولان في هذا الأصل، وذلك؛ لأن في باب الرضاع: ومن تزوج امرأة ورضيعتين في عقدة واحدة، وسمى لكل واحدة صداقها، أو في عقود مفترقة، فأرضعت الكبيرة إحداهما قبل بنائه بالكبيرة، وهي في عصمته، أو فارقها حرمت عله الكبيرة للأبد، وثبت على الصغيرتين، وإن كان بعد بنائه حرمت الكبيرة والصغيرة التي أرضعت، ولا صداق للمرضعة، وإن تعمدت الكبيرة الإفساد وللكبيرة الصداق بالمسيس.

وفي النكاح الثالث: وإن نكح الأم آخرًا؛ يعني: بعد نكاح البنت، وهو لا يعلم وبنى بهما أو بالأم خاصة فارقهما وحرمتا عليه للأبد، ولا صداق للابنة إن لم يبن بها، وإن كان الفسخ من قبله؛ لأنه لم يتعمده.

وظاهره أنه لوز تعمد ذلك لكان عليه الغرم، وهو خلاف ما قاله في الرضاع.

ابن عبد السلام: وليس لك أن تقول: هذا مبني على المفهوم، وهو ضعيف لا سيما في كلام الفقهاء؛ لأن مثل هذا المفهوم قوي جدًا؛ لأنه ذكر الصفة أولا، وهي قوله (وهو لا يعلم) وذكر العلة آخرًا وهي قوله: (لأنه لم يتعمده).

اللخمي: ويختلف في المرضعة هل تغرم النصف للزوج إذا غرمه؟ أو للصغيرة إن لم يغرمه الزوج على قول ابن القاسم؟ فأمَّا غرمها للزوج فيختلف فيه قياسًا عَلَى مَا لَو شهدت عليه بطلاقٍ قبل الدخول، ثم رجعت البينة، فقال ابن القاسم: يرجع على البينة بنصفه.

وقال أشهب: لا رجوع له عليها؛ لأَنَّهُ لَم يُوجِب عليه إلا مَا كَانَ يلزمه لو طلق. والأول أحسن، قال: وأما غرمها للصغيرة، فإن عللنا بأن المبيع بيد البائع لم يكن لها شيء، وإن عللنا بأن الكبيرة إنما أسقطت لها دينها بفعلها لزمها الغرم.

(ص): **(ولو أسلم على ثمان كتابيات فأسلم منهن أربع، ومات قبل التعيين لم يوقف شيء من الميراث، كما لو قال لمسلمة وكتابية: إحداكما طالق. ومات ولم يعين)**

(ش): لم يكن لهن من الميراث شيء؛ لأنه لا ميراث بشك، والمسلمات هُنَا مَشْكُوكٌ في بقاء عصمتهن لاحتمال أن يختار الكتابيات **لو** كان حيًا.

وقوله: (كما لو قال لمسلمة وكتابية) إلى آخره؛ يعني: وكان ذلك قبل البناء أو

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٨.

بعده والطلاق بائن، وأما إن كان رجعيًا، فيشترط أن تنقضي العدة.

(ص): (**بخلاف من طلق إحدى زوجتيه طلقة، وَدَخَلَ بإحداهما، ثم مات ولم تنقض العدة، وجهلت المطلقة، فللمدخول به ثلاثة أرباع الميراث وكل الصداق، وللأخْرَى رُبْعُ الميراث وثلاثة أرباع الصداق**)

(ش): صورة المسألة من كلام المصنف بينة، واستشكل بعضهم ما فرض فيها من جهل عين المطلقة، قال: لأن الطلاق إِمَّا أَنْ يُعْلَمَ من جهة الورثة، ولا يقيد؛ لأنه مَحْضُ دَعْوَى على الزوجتين أو إحداهما، وَإِمَّا أَنْ يكون من جهة الشهود، ومثل هذه الشهادة لا تقبل لعدم الضبط، ثم أجاب: لَعَلَّ الشهود شَهِدُوا بِأَنَّهُ قَالَ: إحداكما طَالِقٌ، وقصد التعيين، ولم يبينه لهم، ووقع النزاع بين الزوجين، وإنما ثبت الميراث هُنَا لعدم الشك؛ لأن المدخول بها ترث، ولا بُدَّ؛ لأنها إن كانت المطلقة، فعدتها لم تنقض، وإن كانت غير المدخول بها هي المطلقة فالمدخول بها زوجة، ولا إشكال في وجوب جميع الصداق للمدخول بها، وأما الميراث، فيقع بينها وبين غير المدخول بها التنازع فيه، فهي تقول: جميع الميراث لي؛ لأنك أنت المطلقة.

وغير المدخول بها تقول للمدخول بها: بل أنت المطلقة فالميراث بيننا نصفين.

فنصف الميراث للمدخول بها محقق، ووقع التنازع بينهما في النصف الثاني، فيقسم بينهما، ثم غير المدخول بها تقول للورثة: لي الصداق كاملا؛ لأن المطلقة غيري، ويقول الورثة: بل أنت المطلقة قبل البناء، فليس لك إلا نصفه.

فيكون نصف صداقها مُحَقَّقًا، ويقسم النصف الآخر بينها وبين الوارث.

وهذا التفريع إِنَّمَا هُو عَلَى المشهور، وذلك أَنَّ مَنْ ادَّعَى جميع المال وادَّعَى غيره نصفه، فعلى المشهور يُقَالُ لمدعي النصف: قد سلمت لمدعي الكل في النصف، وإنما تنازعه في النصف الثاني، فيتحالفان، ويقسم النصف بينهما.

ومذهب أشهب أن الجميع يقسم بينهما على قدر دعواهما، وروي ذلك عن مالك أيضًا.

واحترز المصنف بقوله: (ولم تنقض العدة) ما لو انقضت، فإن الحكم في ذلك أن يكون الميراث بينهما نصفين، قال في "المدونة[1]"، قال فيها: والصداق على ما ذكرنا.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٩.

(ص): (ولو اختار أربعًا فإذا هُنَّ أخوات، فله تمام الأربع ما لم يتزوجن. وقيل: ولو دخلن. وقال اللخمي: أما لو كان بطلاق وبانت فلا تمام له)

(ش): الأول لابن الماجشون، والثاني لابن عبد الحكم. وهي إحدى نظائر المفقود. وقول اللخمي ظاهر لبادئ الرأي؛ لأن فيه بعد التأمل إشكالا؛ لأنه كالمناقض لِمَا سيقوله المصنف أنَّ طلاقه لبعضهن يُعَدُّ اختيارًا، فَعَلَى هَذَا إذا طَلَّقَ أربعًا لم يَكُنْ له التمسك بواحدة من العشر، إلا أن يفهم كلامه على أنَّ المعنى أنه طلق بعد اختياره فقال مثلا في فور واحد: اخترت هذه الأربعة وطَلَّقْتُ البَوَاقِي. ولِقَائِلٍ أنْ يمنع وقوع الطلاق هُنَا؛ لأن بمجرد اختياره تبين البواقي منهن، والله أعلم.

(ص): (فإن أسلم على أمٍّ وابنتها في عَقْدٍ وَاحِدٍ أو في عَقْدَيْنِ، فإن كان بعد دخولهما حَرُمَتَا، وإن لم يدخل بواحدةٍ اختار واحدة، وقال أشهب: تتعين البنت. وقيل: بنكاح إن شاء)

(ش): وإنما حرمتا بعد الدخول؛ لأنا وإن لم نصحح أنكحتهم على المشهور فوطؤهم وطء شبهة، ووطء الشبهة ينشر الحرمة كَمَا تَقَدَّم، وإن لم يدخل بواحدة، اختار واحدة إما البنت وإما الأم؛ لأن العقد الفاسد لا أَثَرَ لَهُ، وعقدهم فاسدٌ على المشهور.

وقال أشهب: تعين البنت. وهو إِمَّا بناء على صحة أنكحتهم، وإمَّا لأنه يَرَى فَسَادها، ولكن الإسلام صححها.

ونقل في "المدونة[1]" عن بعض الرواة أنه لا يجوز له أن يحبس واحدة منهما.

عياض: وهو أشبه.

قيل: ومعناه: إذا كَانَا فِي عقدةٍ واحدةٍ، وإلا أمسك الأولى، ولا يكون أشدُّ حالا من المسلم.

زاد في بعض الروايات في قول غيره: ولا بَأْسَ أن ينكح الابنة نكاحًا جديدًا.

ابن عبد السلام: والزيادة الواقعة في بعض الروايات هي القول الذي حَكَاهُ المصنف آخرًا؛ أعني قوله: (وقيل: بنكاحٍ إن شاء)

(ص): (فإن دخل بالبنت تعينت)

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ١٩٩.

(ش): أي لا يجوز لَهُ نكاح الأم بعد الدخول بالبنت؛ يعني: وسواء كانا في عقدٍ أو في عقدين كما فرض المصنف أولا.

خليل: وينبغي على هذا أيضًا أن تَتَعَيَّنَ البنت في الفرع السابق، إذا تقدم عقدها؛ لأن العقد على البنت محرم للأم، وإنما يأتي الخلاف إذا عقد عليهما عقدًا واحدًا، أو كانت الأم هي السابقة، إلا أن يُقَال: عقود الكفار فاسدة. وفيه نظر؛ لأنا وإن قلنا أن عقودهم فاسدة، فالإسلام يصححها، وعلى القول بصحة أنكحتهم فهذا الكلام واضح، والله أعلم.

(ص): (**وإن دخل بالأم، فقيل: تتعين. وقيل: تندفعان**)

(ش): الأول مذهب " المدونة[١]"، والثاني لمالك وأشهب، وهو مبني على أن العقد الفاسد يحرم.

(ص): (**ولا يتزوج ابنه أو أبوه من فارقها**)

(ش): أي: إِذَا فارق الأم لاختياره البنت أو العكس، أو فارقهما معًا، أو فارق إحداهما لتعيين الأخْرَى، فَإِنَّ حُرْمة المصاهرة تنشر بين الأب وابنه وبين من فارقها.

وظاهر كلامه أنَّ ذلك عَلَى التحريم.

والذي في "المدونة[٢]": إذا حبس الأم وأرسل الابنة لا يُعجبني لابنه أن يتزوجها.

وفهم منه عياض ما فهم المصنف، وقال: جعل للعقد هنا تأثيرًا في الحرمة.

والذي لابن القاسم في "الموازية " خلافه، وأنه لا يحرم بعقد أهل الشرك. وكذلك الذي يُؤخذ من كلام ابن يونس حمل كلام ابن القاسم على أنه ينشر الحرمة كما قال المصنف، فإنه قال بعد قول ابن القاسم (لا يُعجبني): يريد لأنه عقد شبهة.

وقال ابن عبد السلام: لا يبعد حمل ما في "المدونة[٣]" على الكراهة لوجهين:

أولهما: ليتفق ما في "المدونة[٤]" و"الموازية".

وثانيهما: لو انتشرت حرمة المصاهرة فيما بين الأب وابنه وبين هذه لانتشرت بينه وبين أمها.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٠.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠١.

(٤) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠١.

(ص): **(فإن كانتا أختين وشبههما اختار واحدة مطلقًا)**

(**ش**): قوله (وشبههما)؛ أي: كالمرأة وعمتها والمرأة وخالتها، (اختار واحدة مطلقًا)؛ أي: سواء بنى بهما أو بواحدةٍ منهما أو لم يبن بواحدة في عقد أو في عقدين؛ لأنه إنما يحرم الجمع فقط.

وحكى المتيطي وغيره عن ابن الماجشون أنه إذا أسلم على أختين انفسخ نكاحهما جميعًا، قال: هو قول من أرضى من علمائنا.

ودليل المشهور ما رواه الترمذي أن فيروز الديلمي أسلم على أختين، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار واحدة.

(ص): **(والمجوسي يسلم وعنده عشر أو أم وابنتها أو أختان مجوسيتان قد أسلمن كذلك)**

(**ش**): هذا مستغني عنه، وكأنه أشار بهذا الكلام إلى أن الكلام المتقدم خاص بالكتابي، وَبَيَّنَ بهذا أن المجوسي شاركه في ذلك.

(ص): **(ويعتبر في الاختيار ما يَدُلُّ عليه، فلو طلق واحدةً أو ظاهر أو آلى أو وطئ تَعَيَّنَتْ)**

(**ش**): يعني: **لا** يشترط في الاختيار التصريح، بل يكون بالتصريح وبما يستلزمه كَمَا إِذَا طلق واحدة أو ظاهر منها أو آلى أو وطئها بعد إسلامه؛ إذ لا يفعل ذلك الرجل إلا في زوجته، وينبغي أن تكون مقدمات الوطء كالوطء، ولا يُقَالُ يصح عندنا الإيلاء من الأجنبية؛ لأن العرف أن الإيلاء إنما يكون في الزوجة، والمعتبر في الدلائل إنما هو العرف كما في الأيمان والإقرار.

(ص): **(ولو قال: فسخت نكاحها تَعَيَّنَ غيرها)**

(**ش**): إن أراد بقوله: (تعين غيرها) للاختيار فظاهر، وهذا الذي يُؤخذ من "الجواهر".

وإن أراد تعيين الرضا بالغير فبعيد.

قال في "الجواهر": ولو قال: فسخت نكاحها؛ انفسخ نكاحها؛ لأنه أوقع بالفسخ عليها أن يختار نكاحها.

(ص): **(وإذا أسلم الحربي الكتابي لم تزل عصمته قدم أو بقي إلا إذا سبيت ولم تسلم؛ لأنها أمة كافرة)**

(ش): لم تزل العصمة؛ لأن التي تحته كتابية، وللمسلم أن يتزوج الكتابية.

وقوله: (ولم تسلم) وأمَّا إن أسلمت بقيت في عصمته، وكذا نص عليه في "المدونة[١]".

واعترض إطلاقه بقاء العصمة مع احتمال أن يكون واجدًا للطول ولا يخشى العنت، وأجيب بأن مراده التقييد.

(ص): (الإحرام: ولا يحل لمحرم ولا لمحرمة نكاح ولا إنكاح بخلاف الرجعة وشراء الإمام)

(ش): لما في "الموطأ" وغيره: عن عثمان رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: "لا يَنْكِحُ المُحْرِم وَلا يُنْكَحُ وَلا يَخْطُبُ"[٢] وسواء كان الإحرام بحج أو بعمرة.

ولم ير أبو حنيفة رضي الله عنه الإحرام مانعًا، واحتجَّ بما في "الصحيح" عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "تَزَوَّجَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم مَيْمُونَةَ وَهُو مُحْرِمٌ"[٣]. وفي بعض طرقه: "وَبَنَى بِهَا وَهُو حَلالٌ".

وأجيب: بأنه أيضًا في "الصحيح" عن يزيد بن الأصم، قال: حدثتني ميمونة: "أَنَّهُ عليه الصلاة والسلام تَزَوَّجَهَا وَهُو حَلالٌ"، قال: وكانت خالتي وخالة ابن عباس.

وبما خرجه النسائي مسندًا، ومالك مرسلا، عن أبي رافع: "أَنَّهُ عليه الصلاة والسلام تَزَوَّجَ مَيْمُونَةَ، وَهُو حلال، وَكُنْتُ أَنَا الرَّسُولُ بَيْنَهُمَا"[٤].

حديث أبي رافع أولى من حديث ابن عباس؛ لأنه المباشر للقصة، لا سيما وابن عباس كان حِيْنَئِذٍ صغيرًا، وإن سلم مُساواة حديث ابن عباس لحديث أبي رافع فيتعارضان، ويسلم حديث عثمان من التعارض.

وقوله: (ولا إنكاح) الظاهر أنه يريد به الولاية فيكون مقصورًا على الرجل؛ لأن المرأة ليست أهلا لها، ويحتمل أن يريد ما هو أعم من الولاية ومن التسبب في النكاح كالخطبة، فيكون عوده على المحرم والمحرمة.

الباجي: في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عثمان: "ولا يخطب" يُحْتَمَلُ أَنْ

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٢.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (٧٨٠).

(٣) لما أخرجه مسلم، برقم (١٤٠٩).

(٤) أخرجه النسائي، برقم (٢٨٣٩) مسندا عن ابن عباس رضي الله عنه.

يُرِيدُ بِهِ السفارة في النكاح، ويحتمل أن يريد به الخطبة حال النكاح، أَمَّا السفارة فممنوعة، فإن سفر فيه وتناول العقد غيره، أو سفر فيه لنفسه وأكمل العقد بعد التحلل فلم أَرَ فيه نصًّا، وعندي أَنَّهُ أساء ولا يفسخ، ويتخرج على قول أصحابنا في من خطب في العدة وعقد بعدها القولان، وأمَّا من خطب في عقد النكاح وتناول العقد غيره فكما ذكرنا، وقد أساء من حضر العقد، رواه أشهب عن مالك، وقال أصبغ: لا شيء عليه.

وقوله: (بخلاف الرجعة وشراء الإماء)؛ أي: فيجوز، ولا أعلم في ذلك خلافًا عندنا.

(ص): (وفسخ وإن ولدت الأولاد بغير طلاق ثم قال بطلاق)

(ش): تصوره ظاهر والمشهور الرواية المرجوع إليها.

(ص): (وفي تأبيد التحريم روايتان)

(ش): المشهور نفي التأبيد، وهو الأصل، وقاسه في الرواية الأخرى على النكاح في العدة بجامع الاستعجال قبل الأوان.

(ص): (فلو وُكِّلَ ثم أحرم فعقد له فسخ)

(ش): لا خلاف فيه.

خليل: وانظر إذا وكل المحرم حلالا ليعقد له الوكيل إذا حَلَّ، وقد يتخرج على قولين، هما: إذا خطب في العدة وعقد بعدها.

فرع:

منتهى المنع في الحج إلى طواف الإفاضة، ولو نكح بعد الطواف، وقبل ركعتيه فإن عثر عليه بالقرب فسخ بطلقة، وإن تباعد جاز.

(ص): (المرض: ولا يجوز نكاح مريض مخوف عليه غير محتاج إلى الاستمتاع، ويفسخ ولو دخل. وروي: يجوز مطلقًا، وعلى المشهور لا صداق لها إن لم يدخل)

(ش): هو أحد الموانع المتقدمة.

وقسم اللخمي نكاح المريض على ثلاثة أقسام: جائز، وممنوع، ومختلف فيه.

فإن كان غير مخوف أو مخوفًا متطاولا كَالسُّلِّ والجُذَامِ وتزوج في أوله جاز، وإن كان مخوفًا أشرف صاحبه على الموت لم يجز، واختلف إذا كان مخوفًا غير مُتطاول ولم يشرف صاحبه على الموت علو ثلاثة أقوال، والمشهور من قول مالك وأصحابه أَنَّهُ فَاسِدٌ ولا ميراث بينهما، وذكر ابن المنذر عن مالك والقاسم وسالم وابن شهاب

جوازه إن لم يكن مضارًا؛ أي إن كانت له حاجة لمن يقوم به أو في الإصابة جَازَ وإن لم تَكُن له حاجة إلى شيء من ذلك فهو مضار.

وذكر عن مطرف أَنَّهُ أجاز ذلك جملة من غير تفصيل.

ونحوه للمتيطي، وزاد: وعلى المشهور العمل وبه الحكم. وعلى هذا فلم يذكر المصنف المشهور، لكن قوله: (وعلى المشهور لا صداق لها إن لم يدخل) يقتضي أَنَّ مَا قَدَّمَهُ هُو المشهور، ونحوه لابن شاس.

وما ذكره المصنف ظاهر، سواء قلنا هو فسخ بطلاقٍ أَمْ لا؛ لأنهما مجبوران على ذلك.

(ص): (**فَإِنْ دَخَلَ فَالمُسَمَّى، وقال ابن القاسم: إن كان أقل من صداق المثل**)

(ش): القول بأن لها المسمى رواه أشهب وعلي بن زياد عن مالك، وبه قال عبد الملك وابن نافع وأشهب وأصبغ.

قوله: (وقال ابن القاسم: إن كان أقل من صداق المثل) هذا مذهب " المدونة[1]"، ففيها في النكاح الثاني: إن دخل كان لها صداقها. وزاد في كتاب الأيمان بالطلاق: فإن كان ما سمي أكثر من صداق مثلها، فلها صداق مثلها.

عياض: فتأوَّلَهُ أبو عمران على أنَّ لَهَا الأقل.

وقال سحنون: هو غلط، ولها صداق مثلها.

فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال.

(ص): (**وهو من الثلث اتفاقًا**)

(ش): فيه نظر؛ لأن القابسي حكى عن المغيرة أنه من رأس المال.

أبو عمران: ورأيت كتاب المغيرة فلم أجده، وإنما نَصَّ أَنَّهُ مِنَ الثلث، قال: ولا أَدْرِي مِنْ أَيْنَ أَخَذَهُ. واختار القابسي أن يكون ربع دينار من رأس المال. وهو الذي يذكره المصنف بعد.

وعلى هذا ففي المسألة ثلاثة أقوال، ولا يلزم ما ذكره أبو عمران لاحتمال أن ينقل عنه بواسطة دون كتاب.

ولا يقال: القول بربع دينار يُعَارِضُ مَا حَكَاهُ المصنف من الاتِّفَاقِ؛ لأنه إِنَّمَا حكى

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٢.

الاتفاق في كل الصداق، وهذا القول إنما هو في ربع دينار؛ لجواز أن يكون الصداق كله ربع دينار.

(ص): (ويُبدَّى عَلَى الوَصَايَا وَالعِتْقِ، وفي مُحَاصَّتِهَا بالباقي في الوصايا قولان)

(ش): هكذا قال في "المدونة[1]": أنه يبدى على الوصايا والعتق، ثم إنه يحتمل أن يريد بقوله: (والعتق) الموصَى به، ويكون من عطف الخاص على العام، وتكون فائدته الاهتمام بهذا الفرع لِئِلا يتوهم خروجه، ويحتمل - وهو الظاهر - أَنَّهُ يُبَدَّى على الوصايا وعلى العتق الذي يخرج من الثلث؛ إما بتلا في المرض، وإما آيلا إليه كالمدبر في الصحة والمرض. وإنما قُلْنَا أَنَّهُ الظَّاهِر؛ لأنَّ فائدة قَوله حِيْنَئِذٍ: (العتق) التأسيس، وعلى الأوَّل التَّأكيد، والتأسيس أولى.

وعلى الاحتمال الثاني: يكون صداق المنكوحة في المرض مُقَدَّمًا عَلَى المُدَبَّر، وَهُو أحد قولي ابن القاسم، وَبِهِ قال سحنون، والمشهور أنَّ المدبر في الصحة مُقَدَّمٌ عليه.

وثالثها: يتحاصّان.

وقوله: (وفي مُحَاصَّتِهَا بالباقي) هذا فرع على قول ابن القاسم؛ أي: إِذَا قُلْنَا أَنَّهَا تَقُومُ بالأقل، فهل يسقط الزائد، وهو قول ابن القاسم، أو تحاص به في الوصايا، وهو قول أصبغ.

ابن يونس: وَهُمَا مبنيان على الميراث، فمن رأى أنهما لا يتوارثان، رأى لَهَا الزَّائد على صداق المثل؛ إِذْ ليس فيه أكثر من أن يكون وصية لِغَيْرِ وَارِثٍ، ومن رأى أَنَّهَا ترثه لم يعطها الزائد؛ لأنها وصية لوارث.

وما ذكرناه من أنَّه أراد بالقولين قول ابن القاسم وأصبغ هو الرَّاجح هُنَا، وجوَّز فيه ابن عبد السلام وجهًا آخر، وزعم أنَّه الأرجح، وهو أن يريد قول أصبغ وعبد الملك وهو أنه يبدأ بالجميع على الوصايا.

وَقُلْنَا: الأول أولى؛ لأن قوله: (بالباقي) ينافيه؛ إذا ظاهر قوله: (بالباقي) أنَّ الحُكم هو الأقل ابتداءً، فيكون هذا مُفَرَّعًا على قول ابن القاسم، وعبد الملك إِنَّمَا خالفه في أصل المسألة، فقال: لها جميع المسمى. ومن لازم ذلك أن يكون مبدىً بالجميع، ولا

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٣.

يُقَال: إن قول ابن القاسم تقدم، ولا وَجْه لتكراره؛ لأنَّا نَقُولُ: ذكر ذلك لإفادة قول أصبغ.

واعترض التونسي قول ابن القاسم: بأنَّ هذا الصداق إن غلب عليه حكم المعاوضة، فيجب من رأس المال؛ لأنه ثمن البضع، كأكل المريض وشربه، وإن كان البضع لا ثَمن له، فلا يخرج من الثلث أيضًا؛ لأنها عطية أُريدُ إخراجها من رأس المال، وما كان كذلك فلا يخرج من ثلثه ولا غيره.

وأجيب: بأن ما زاد على صداق المثل عطية في المرض قصد بها رأس المال، فتبطل مطلقًا، وصداق المثل من حيث إنه عن عوض يجب أن يكون من رأس المال، ومن حيث إنه عن عوض غير متمول يجب كونه كالعطية، فوجب التوسط فيه فيكون من الثلث.

(ص): **(وقيل: أمَّا ربع دينار فمن رأس المال)**

(ش): تقدم.

واستحسن عبد الحق هذا القول؛ إذ لا يباح البضع بأقل منه، كالعبد يتزوج بغير إذن سيده.

(ص): **(ولا ترثه، وكذلك نكاح المريضة في الفسخ ونفي الإرث)**

(ش): لا ترثه؛ لفساد النكاح، ولأنا إنما فسخناه لأجل الإرث، وعلى القول بإجازة هذا النكاح ترثه.

وقوله: (وكذلك نكاح المريضة في الفسخ ونفي الإرث)؛ أي: كَمَا أن نكاح المريض الصحيحة لا يَصِح، فكذلك نكاح الصحيح المريضة، وقيّد المُصنِّف الشبه بينهما في الفسخ ونفي الإرث؛ لأن حكم الصداق مختلف فيهما.

فرع:

فإن مات هو في هذه المسألة، فالقياس: أنها لا ترثه.

وقد نص مالك في "الموازية " على عكسها، إذ قيل له - من رواية أشهب - في الذي ينكح في مرضه حرة مسلمة - يريد صحيحة - فماتت هي، أيرثها هو؟

فقال: كيف يرثها ولا ترثه؟!

واعترضه التونسي بأن نكاح المريض إنما منع لزيادة الوارث، وقد أمن ذلك بموتها، والذي ذكره مالك هو القاطع؛ لأن النكاح نسبة بين المتناكحين، فإذا بطل

أحدهما بطل الآخر.

(ص): (**فَإِنْ دَخَلَ فالمسمى**)

(**ش**): لأن الزوج هنا صحيح لا حجر عليه، ولا خلاف فيه، وإنما وجب المسمى؛ لأن الفساد هنا في العقد.

(ص): (**ولو صح المريض منهما قبل الفسخ مضى ورجع إليه، وقال: امح الفسخ، بناءً على أنَّ فساده لحق الورثة أو لعقده**)

(**ش**): هذه إِحْدَى الممحوَّات الأربع، وقد تقدمت في الأضحية.

وقوله: (**بناءً... إلى آخره**)؛ أي: فَإِنْ قُلْنَا أن فساده لحق الورثة صَحَّ النكاح؛ لأنه لم يبق للوارث حق، وإن قلنا: (**لعقده**)؛ أي: لمخالفته السنة فُسِخَ وَلَو صَحَّ، وعَلَّلَ بعضهم ذلك بِأَنَّه فَاسِدٌ لصداقه؛ إذ لا يدري هل يخرج من الثلث أو بعضه؟ ورد بأنه لو كان كذلك لمضى بعد البناء كغيره.

وأجيب: بِأَنَّ غيره إِذَا وَجَبَ فِيهِ صَدَاقُ المثل بالدِّخُولِ زَالَ العُذْرُ لتعلق صداق المثل بالذمة، بخلافه هُنَا، ورُدَّ أَيْضًا بأن إخراج الصداق من الثلث مُعَلَّلٌ بِفَسَادِ النكاح، فلو جعل الإخراج من الثلث عِلَّة للفساد للزم الدور.

فرع:

وإذا فَرَّعْنَا عَلَى القول بالصحة، فهل يعجل بالفسخ قبل الصحة إذا أطلع عليه؟ وهو الذي في "الموازية"، قال فيها: ويفسخ وإن دخل.

وقال ابن كنانة: يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده.

وقال ابن القصار: الفرقة استحسان؛ لقول مالك: إِذَا صَحَّ ثبت النكاح.

اللخمي: وهو أصوبها، فيؤمران الآن، ولا يجبران؛ لأنا لا نقطع أَنَّهُ مرض موت، ويمكن أن يصح، فينكشف أن العقد صحيح، فيوقف عَنْهَا ويتربص حتى ينظر ما يئول إليه أمره.

ابن عبد السلام: والذي في "الموازية " أشهرها.

(ص): (**ومقتضى الأول صحته في النصرانية والأمة، وأجيب بجواز الإسلام والعتق**)

(**ش**): أبو مصعب: يصح للمريض نكاح الكتابية والأمة.

وهو مُقْتَضَى التعليل بأن الفساد لحق الورثة إذ هما لا يرثان، وهذا معنى قوله:

(ومقتضى الأول صحته في النصرانية والأمة).

ابن محرز: وأكثر المذهب على خلاف قوله، وأنه لا يصح فيهما؛ لأن الأمة قد تعتق والنصرانية قد تسلم قبل الموت، فتصيران من أهل الميراث.

بعض البغداديين: وَهَذَا القول أصح.

وقال اللخمي وغيره من القرويين: قول أبي مصعب أحسن؛ لأنه أوقع النكاح في حال لم يُدخل به على الورثة ضررًا، وما يترقب من الإسلام والعتق مشكوك فيه، وهو نادر، والأصل عدمه.

فرع:

وإذا أذن له الورثة الرشداء أن يتزوج حرة مسلمة، فقال محمد: لا يجوز لاحتمال موت الآذن ومصير الميراث لغيره.

واعترض تعليله بجواز إيصاء المريض بأكثر من الثلث إذا أذن له ورثته مَعَ احتمال أن يصير الميراث للغير.

وأجيب: بأن باب الوصية أوسع أبواب العطايا، والعطية لا يضر فيها الغرر ولا الخيار، وباب النكاح معاوضة يفسده الغرر القوي والخيار. والله أعلم.

(ص): **(الخيار: ولكل من الزوجين الخيار بالعيب والغرور، وللزوجة الخيار بالعتق)**

(ش): يعني: أنَّ للخيار ثلاثة أسباب؛ اثنان يستوي فيهما الرجل والمرأة، وهما العيب والغرور بالحرية، والثالث خاص بالمرأة، وهو العتق إذا كان زوجها عبدًا، ثُمَّ أخذ يتكلم عليها أولا فأولا، فقال:

(ص): **(والعيب: الجنون، والجذام، والبرص، وَدَاءُ الْفَرْجِ مَا لَم يَرْضَ بقولٍ، أو تَلَذُّذٍ، أَوْ تمكين أو سَبَقَ عِلْمٌ بالعيب)**

(ش): يعني: أن العيوب الموجبة للرد أربعة، منها ثلاثة يستوي فيها الرجل والمرأة، وهي الجنون والجذام والبرص، وأما داء الفرج فمختلف فيها كما سيأتي.

المتيطي: ولا خلافٌ أعلمه بين مالك وأصحابه أنَّ للزوج رد المرأة بالعيوب الأربعة، وقاله عمر وعلي رضي الله عنهما.

بعض الموثقين: ولا مُخَالِف لهما.

قوله: (ما لم يرض)، فَالاستثناء راجعٌ إِلَى غَيرِ مَذْكُورٍ، وهو لازِمُ العيب الذي هُو

وجوب الخيار، ولا يرجع إلى العيب؛ لأنَّه وإن حصل الرضا فهو عيب، وفاعل (يَرْضَ) ضميرٌ عَائِدٌ عَلَى أحد الزوجين، وكذلك قوله: (أو سبق علم).

يريد: من أحدهما بعيب الآخر. وهو ظاهر.

(ص): (**والجنون: الصرع أو الوسواس المذهب للعقل**)

(**ش**): نحوه للباجي.

اللخمي: وإن كان الصرع في بعض الأوقات، ولو في كل شهر مرة؛ لأن المصروع تنفر منه النفوس وتخافه.

(ص): (**وقليل الجذام والبرص، وكثيرهما في الرَّجُلِ والمرأة سَوَاءٌ وَرَوَى أشهب أنَّ البَرَصَ في الرَّجل مُحْتَمَلٌ وإن غرها**)

(**ش**): أما قليل الجذام فنص اللخمي والمتيطي أنَّ المرأة ترد منه كما قال المصنف.

ابن وهب في "العتبية": وذلك كان جذامًا لا شكَّ فيه، وإن لم يكن فاحشًا ولا مؤذيًا؛ لأنه لا تؤمن زيادته، وإن شَكَّ فيه لم يفرك بينهما، وظاهر مَا حَكَاهُ المصنف عن أشهب في البرص الإطلاق، سواء كان يسيرًا أو كثيرًا، وهكذا حكاه عبد الوهاب.

وقال في "البيان": إن كان البرص قبل العقد وكان شديدًا كَانَ لَهَا ردَّه باتفاق، وإن كان يسيرًا ردته على رواية ابن القاسم، وإن أمنت زيادته.

وقال أشهب: لا يرد به إلا أن لا تؤمن زيادته.

قال: وإن حدث به البرص بعد العقد، فإن كان يسيرًا، فلا يفرق بينهما باتفاق، وإن كان كثيرًا، فهل يفرق بينهما أولا؟ خلاف.

وأما البرص في المرأة، فإن كان قبل العقد كان للرجل ردها به، وإن كان كثيرًا أو يسيرًا؛ إذ لا تؤمن زيادته باتفاق، وإن كان يسيرًا تؤمن زيادته فعلى اختلاف، وأما إذا حدث بها بعد العقد، فهي مصيبة نزلت بالزوج، إن شاء طلق ولزمه نصف الصداق، وإن شاء أمسك.

فرع:

ظاهر المذهب أنه لا يرد بجذام أحد الأبوين، قاله ابن راشد.

وأخذ اللخمي من تعليله في "مختصر ما ليس في المختصر " وجوب الرد بالجذام لقلة سلامة الولد والنسل منه، أن جذام أحد الأبوين عيب، قال: ورأيت ذلك في امرأة

كان والدها أجذم، ولم يظهر فيها، وظهر في عدد من أولادها.

(ص): **(وقال ابن القاسم في الأجذم: إن رُجِيَ بُرْؤُه ضُرِبَ لَهُ الأجَلُ)**

(ش): هكذا قال في "الاستذكار " أنَّ ابن القاسم وأصحاب مالك قالوا: يُؤجل المجنون إذا أمن عليها سنة، وكذلك المجذوم.

قال: وقال ابن عبد الحكم عن مالك: يحبس المجنون في الحديد، فَإِنْ رَاجَعَهُ عقله، وَإِلا فُرِّقَ بينهما، ولم يذكر تأجيل سنة.

وفي "المتيطية": الحر يُؤَجَّلُ عَامًا في الاعتراض والجنون والجذام والبرص.

والتأجيل ليس خاصًا بالرجل، فَقَدْ حَكَى الباجي أَنَّهُ يُضرب للمرأة أجل في مُعَالجة نفسها من الجنون والجذام والبرص وداء الفرج.

وقد أشار إليه ابن حبيب في معالجة الرتقاء نفسها.

الباجي: ويؤجل في الجنون والجذام السنة، وأما الرتق فبحسب الاجتهاد في ذلك.

فرعان:

الأول: ابن راشد: وإذا أجل المجنون سنة قبل البناء، فهل لها نفقة إِذَا دعت إلى البناء؟

ابن رشد: الظاهر لا نفقة لها؛ لأنها منعت نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه، فكان مَعْذُورًا بِخِلافِ التِي منعت نفسها حتى يُؤَدِّي صداقها؛ إذا لَعَلَّ لَهُ مالا فكتمه.

الثاني: إذا كان للأجذم إماء، فقال ابن القاسم في "العتبية " في الشديد الجذام: يمنع من وطئهن إذا كان في ذلك ضرر.

وقال سحنون: لا أَرَى أَنْ يمنع إذ يئول ذلك به إلى الزنى.

(ص): **(وداء الفرج في الرجل ما يمنع الوطء كالجب، والخصي، والعنة، والاعتراض. فالمجبوب: المقطوع ذكره وأنثياه. والخصي: المقطوع أحدهما وإن كان قائم الذكر. والعنين: ذو ذكر لا يتأتى به الجماع. والمعترض بصفة المتمكن ولا يقدر وَرُبَّمَا كان في امرأةٍ دُونَ أُخْرَى، وَقَدْ يُفَسَّر العنين بالمعترض)**

(ش): قوله: (ما يمنع الوطء) هُو على حذف مضاف؛ أي: لذة الوطء، وعلى حذف صفة؛ أي: الوطء الكامل، وَإِنَّمَا قُلْنَا ذلك؛ لأنَّ الخصي إذا كان قائم الذكر يمكنه الوطء، فلا يَصِحُّ قوله: (يمنع الوطء)، ولا يُقَالُ: ينبغي للمصنف أن يسقط الكلام على المجبوب هُنَا؛ لأنَّهُ إذا ثبت الرد للمرأة بقطع إحداهما لزم أن يكون كذلك مع قطعهما؛

لأنَّا نَقُولُ إنما القصد هُنَا بيان معاني هذه الألفاظ، فقوله: (لا يتأتى به الجماع)؛ أي: لصغر.

ويقال للمعترض المربوط، ويقال: إن سببه السحر، وما ذكره المصنف في تفسير الخصي هو المعروف، وقيل: الخصي: المقطوع الأنثيين.

وقوله: (وقد يفسر العنين بالمعترض)؛ أي: وقد يطلق الأصحاب لفظ العنين، ويكون مرادهم به المعترض.

(ص): (ففي الجب والخصى والعنة الخيار، وقيل: إلا في القائم الذكر إلا أن يكون مقطوع الحشفة)

(ش): أي: الخيار للمرأة؛ إما أن تقيم أو تفارق، وقوله: (وقيل: إلا في القائم الذكر) هو لسحنون، وصرح في بعض النسخ باسمه، وهو مشكل؛ لأن كمال اللذة لا يحصل للمرأة إلا بالإنزال، وإذا لم يكن للزوج أن يعزل إلا بإذن زوجته كما تَقَدَّمَ، فَهُنَا أَوْلَى.

وقوله: (إلا أَنْ يَكُونَ مقطوع الحشفة)؛ أي فيوافق سحنون على أن للمرأة حينئذٍ رده، وكذلك قال اللخمي: إن كان مجبوبًا أو حصورًا أو عنينًا أو مقطوع الحشفة ردته.

واختلف في الخصي القائم الذكر، وهل المحصور من لا ذكر له ألبتة، أو له ذكر صغير، فيرجع إلى العنين؟ قولان، وفسر ابن عباس الحصور بالذي لا ينزل الماء، وقتادة مجاهد بالذي لا يأتي النساء.

(ص): (وأَمَّا المعترض، فَيُؤَجَّلُ إِذَا لَمْ يسبق منه وطء لها سنة من يوم ترفعه وفي العبد روايتان مثله ونصفها)

(ش): احترز بقوله: (إذا لم يسبق منه وطء لها) مِمَّا لَو تَقَدَّمَ لَهُ فِيهَا وَطء، ثم اعترض بأنها مصيبة نزلت بها.

اللخمي: ويجري فيها قولا آخر أنَّ لَهَا القيام قياسًا على أَحَدِ قَولي مَالِك إِذَا وطئها مَرَّة، ثم قطع ذكره، ومُقْتَضَى كلام ابن بُشَيْر أنَّ هذا القول منصوص.

وقوله: (سنة)؛ أي: لتمر عليه الفصول الأربع، فَإِنَّ الدواء قد ينفع في فصلٍ دُونَ فَصْلٍ.

وقال بالتأجيل سنة عمر وابن مسعود وعلي رضي الله عنهم وأكثر الصحابة، بل نقل ابن يونس إجماع الصحابة على ذلك، ورُوِي عن علي أنها مصيبة نزلت بها.

وقوله: (مِنْ يوم ترفعه)، هكذا قال ابن المواز.

الباجي: وهكذا عبارة أصحابنا، وتحقيق ذلك عندي أَنَّ أول السنة من يوم يحكم السلطان؛ وذلك أنَّ رَفْعَهَا للسُّلْطَان لا يُوجب لَهَا الحكم إلا بعد إقرار الزوج أو إثبات ما يُوجب ذلك لها.

وقوله: (وفي العبد روايتان) المشهور النصف، وهو مذهب " المدونة[1]" قياسًا على طلاقه، واختار غير واحد الرواية بالسنة؛ لأن المعنى الذي قدره بالسنة لأجله موجودٌ فيهما.

فرع:

فإذا كان مريضًا، فقال ابن القاسم: لا يضرب له الأجل حتى يصح.

واختلف فيمن ضرب له الأجل فمرض، فقال ابن القاسم: إنْ مضت السنة وهو مريض أو مرض بعضها طلق عليه عند انقضاء السنة ولم يستأنف له أجل.

وقال أصبغ وغيره: إنْ مضت السنة، وهو مريضٌ لم يطلق عليه ويستأنف السنة.

وقال ابن الماجشون: إن مضى بعض السنة وهو مريض لم يطلق عليه عند انقضائها، هكذا حكى المتيطي وغيره هذا الفرع.

خليل: وينبغي أن يفهم قول أصبغ على أنه إن مضى بعض السنة، وهو مريض أن ذلك يحسب عليه، وإلا لتداخل مع قول ابن الماجشون.

(ص): (والقول قوله في الوطء مع يمينه بعد أن توقف حين نزلت بالمدينة)

(ش): إذا ادَّعَى المعترض أنه وطئ، فحكى المتيطي في تصديقه خمسة أقوال، وروى ابن القاسم عن مالك ما ذكره المصنف أن القول قوله بيمين، وبه قال ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب.

ابن عبد السلام وغيره: وهو المشهور.

ولمالك في "الواضحة": يصدق بغير يمين.

وبه قال عبد الوهاب، وروى ابن وهب يدين في الثيب وينظر النساء البكر، فإن كانت ساقطة العذرة.

صُدِّقَ وإلا فَلا، وروى الواقدي عن مالك أَنَّهُ لا يُصَدَّقُ في الثيب أيضًا، ويجعل

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٣.

معها أمينة، فتنظر إذا غشيها، وأَجَازَ قبول امرأةً واحدةً، وهو محل ضرورة، وروى الوليد بن مسلم عن مالك والأوزاعي أنه يخلى معها وبالباب امرأتان، فإذا فرغ نظرتا فرجها، فإن كان فيه مني فهو صادق، وإلا فهو كاذب.

لكنه إنما حُكي هذا الخلاف فِيمَا إِذَا أنكر الاعتراض ابتداءً، وقال: أصبتها قبل ذلك.

أما إذا أقرَّ في الأولى بتعذر الوطء، ثُمَّ ادَّعَى الوطء بعد ذلك في الأجل، فالظاهر من المذهب أنه لا يصدق؛ لأنه مدع لأمر قد ثبت إنكاره فيه، فيجب أن يكون القول قولها، وتحلف على دعواه إلا أن يقال هو موكول إلى أمانته أولا وآخرًا، فقريب، لكن الصواب - إن شاء الله - ما قدمناه، ونحوه ذكر الباجي في "منتقاه". انتهى.

وعلى هذا فقول المصنف: (والقول قوله في الوطء مع يمينه) إنما هو إذا أنكر ذلك ابتداء.

خليل: لكن ظاهر " المدونة[1]" وابن يُونس وغيره مِنَ الأشياخ يُخَالف ما قاله المتيطي؛ لقوله في "المدونة": وإذا قال المعترض في الأجل جامعتها دين وحلف، فَإِنْ نَكَلَ حلفت وفرق بينهما، فإن نكلت بقيت زوجة، وتوقف فيها مالك مرة إذ نزلت بالمدينة، وأفتى غيره بأن تجعل الصبرة في قبلها، وقال ناس: يجعل النساء معها. انتهى.

فقوله: في الأجل، يقتضي أنَّ ذلك بعدما أَقَرَّ أولا بالاعتراض؛ إِذْ لا يضرب له الأجل إلا بذلك، وكلام ابن يونس نحوه.

ونقل اللخمي عن مالك فيمن أقر بالعنة من الأصل، فهل يحلف، وأمَّا إن أَقَرَّ وَادَّعَى زوال ذلك حلف قولا وَاحِدًا.

وقول المصنف: (بعد أن توقف حين نزلت بالمدينة) هو نحو ما ذكرناه عن "المدونة[2]".

وأشار ابن عبد السلام إلى أنَّ هَذَا التوقف ليس كغيره، مِنْ أَنَّهُ مَضَى لَهُ زمانٌ فِي التوقيف، ثم أَجَابَ، وَإِنَّمَا توقف في مجلس الأمين، ثم أجاب.

(ص): (فإن نكل حلفت، فإن نكلت بقيت زوجة)

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٤.

(ش): هذا كلفظ " المدونة[1]" المتقدم.

وفي "الموازية" و"الواضحة": إذا نكل طلق عليه.

قال في "الموازية": ولو سأله اليمين قبل الأجل فأبى، ثم حل الأجل، فقال: أصبت، وأراد أن يحلف فذلك له، وليس الحكم قبل الأجل بشيء، وإن نكل الآن طلق عليه.

(ص): (وروي: ينظر النساء البكر)

(ش): قد قدمنا هذه الرواية. وظاهرها أنه لا يُكتفى بالمرأة الواحدة.

المتيطي وغيره: إطلاقات الأشياخ أنَّ النساء ينظرن إلى نفس الفرج.

وقال بعض الأشياخ: تجلس المرأتان خلفها وتجعل مرآة أمام فرجها ويقولان لها: افتحيه: وينظران ذلك في المرآة.

مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم تفريعًا على المشهور: وإن أتت المرأة بامرأتين يشهدان بعذرتها لم يقبلا؛ لأنه يؤول إلى الفراق.

(ص): **(فَإِنْ تَقَارَرَا، أو صدقت البكر خُيِّرَتْ، فَيُؤْمَرُ بطلاقها، فَإِنْ امتنع طلَّق الحاكم طلقة بائنة)**

(ش): أي: فإن تقارر الزوجان على عدم الإصابة بكرًا كانت أم ثَيِّبًا، أو صدقت البكر على الرواية الشاذة أنه ينظرها النساء؛ فإن وافقنها على بقاء البكارة خيرت؛ أي: في البقاء والفراق.

وقوله: (فيؤمر بطلاقها)؛ أي: فَإِنْ اختارت الفراق أَمَرَ الزَّوجُ أَنْ يُطَلِّقها؛ لأن الطلاق بيده، فلا ينتقل إلى الحاكم إلا بامتناعه، وله أن يُوقع مَا شَاءَ، فَإِنْ أَبَى طلق الحاكم عليه طلقةً بائنة.

أصبغ: وإن طلق الإمام هنا، وفي النفقة والإيلاء أكثر من واحدة، لم يلزمه إلا واحدة.

واختلف هَل يُوقع الحاكم الطلاق بنفسه أو يملكه المرأة فتوقعه هي؟ وكذلك كل ما في معنى هذه من امرأة المولي والمعتقة تحت العبد على قولين، وانظر حججهما في أحكام ابن سهل.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٥.

(ص): (فإن اختارته، ثم أرادت الفراق، فلها ذلك بخلاف غيره؛ لأنها تقول: رجوت علاجه)

(ش): يعني: فَإِنْ اختارت المقام معه، ثم بَدَا لَهَا وطلبت الفراق، فلها ذلك، بخلاف غير المعترض من الأزواج مِنْ ذَوِي العيوب؛ لأنها في المعترض تقول: رجوت أن يبرأ.

وهكذا قال في "المدونة[1]"، إلا أنَّه فرض المسألة في ابتداء النكاح لا بَعْدَ الأجل، ففيها: وإن علمت به حين تزوجته أنه مجبوب أو خصي أو عنين لا يأتي النساء رأسًا أو أخيرها بذلك، فلا كلام لها، وإن لم تعلم ذلك في العقد ثم علمت به وتركته وأمكنته من نفسها، فلا كلام لامرأة الخصي والمجبوب، وأمَّا العنين فلها أن ترافعه؛ لأنها تقول تركته لرجاء علاجٍ أو غيره إلا أن تتزوجه وهي تعلم به كَمَا وَصَفْنَا فَلا كَلامَ لَهَا بعد ذلك، وظاهر مَا حَكَاهُ المصنف أنَّ لَهَا الفراق سواء قامت بإثر اختيارها للمقام أو بعد طول، وهو ظاهر قول ابن القاسم في "العتبية" و"الموازية"، لكنه قال في "الموازية": يُوقف مكانه بِغَيْرِ ضَرْبِ أجل، ولَيْسَ لَهَا أَنْ تُفَارق دُونَ سُلْطَان.

وقال في "العتبية": وَلَهَا أَنْ تطلق نفسها وإن لم ترفع إلى السلطان.

فرأى في "الموازية " أنَّه أمرٌ مُختلفٌ فيه، فلا بُدَّ من حاكمٍ يَحْكُمُ بِصِحَّتِهِ، ورأى في الثاني أنَّ الحاكم لما ضرب الأجل كان كالحكم.

ولابن القاسم في "المبسوط": لا قيام لها بعد الرضا.

وقال عبد الوهاب: يضرب له الأجل ثانيًا، فإن أصاب وإلا فلها الخيار.

وقال ابن حبيب: إنْ قامت بحدثان رضاها لم يكن لها ذلك، وإن كان بعده بزمان، وقالت: رَجَوْتُ أَنَّهُ ألا يتمادى به كان لها القيام، ونحوه لابن كنانة.

فرعان:

الأول: إذا انقطع ذكر المعترض قبل الأجل، فقال ابن القاسم في "الموازية" و"العتبية": يتعجل الفراق.

وروى محمد عن أشهب وعبد الملك وأصبغ أنَّهُ لا فراق في ذلك، وهي مُصيبة نزلت بالمرأة.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٥.

وحكى في "البيان " ثالثًا عَنْ مالك أنه لا يعجل بالفراق حتى تنقضي السنة؛ إذ لعلها سترضى بالإقامة.

الباجي: وأجمعوا في المولي يقطع ذكره أنه يبطل الأجل، وتثبت الزوجية.

ونقل في "البيان " عن مالك رواية في المولي أنه إذا آلى منها قبل البناء وضرب له الأجل، ثم انقطع ذكره أنه يفرق بينهما، بخلاف مَا لَو انْقَطَعَ بعد البناء، قال: ولا خلاف بينهم فيمن انقطع ذكره بعد البناء ولم يكن مؤليًا أَنَّهُ لا يُفَرِّقُ بينه وبين زوجته. فانظره مع كلام الباجي.

الثاني: إذا كان لرجل ذكر كبير فلم تقدر المرأة عليه.

ابن راشد: وقد نزلت هذه عند قاضي الجماعة في عصرنا، فنحا في الجواب أن يلبد ويبقى منه قدرٌ مُعتاد، فقلت له: حين الإصابة لا يَرَاهُ أحد، فقد يزيد ويضرُّ بالمرأة، والذي أراه أن يُفَرِّقُ بينهما؛ لأَنَّا إنما نُوجب لها الخيار في العنين لعدم انتفاعها بوطئه، وهذه لا تنتفع بوطئه بَل تَتَضَرَّرُ، إلا أن تُسَاعِدُهُ المرأة على أَنَّهُ لا يضر بها بعد تبقية البعض، ثُمَّ إذا لَفَّهُ فما المقدار الذي يبقى، فلم أر نقلا إلا في ورقةٍ مِنْ وَرَقٍ ذَكَرَ فِيهَا أَنَّهُ يبقى منه اثنا عشر أصبعًا.

(ص): (ولها الصداق بعد الأجل كاملا كالمجبوب والعنين والخصي يدخلون؛ لأنه قدرتهم من المسيس، وروي نصفه)

(ش): القول بأن لها الصداق بعد الأجل كاملا مذهب " المدونة[1]"؛ لأنها مكنته من نفسها وطال مقامها معه، وتلذذ وأخلق شورتها.

أبو عمران: جعل مالك الحجة في التكميل التلذذ وإخلاق الشورة.

وظاهر هذا أَنَّه مَتَى انْخَرَمَ أحدهما لَم يكمل، واختار ابن القصار الرواية بالنصف؛ لأن المتبادر من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] الوطء.

واحتج المصنف للرواية الأولى بالقياس على المجبوب وما في معناه، والجماع حصول انتفاع كل منهما بحسب الإمكان، وقد يفرق للثانية بأن المجبوب إِنَّمَا دخل على التلذذ فقد حصل، بخلاف المعترض فإنه إنما دخل على الوطء التام ولم يحصل،

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٦.

وقول ابن الجلاب: فإن طال مقامه فلها الصداق كاملا روايةً واحدةً ليس بظاهر لما ذكره المصنف وغيره من الرواية بالنصف.

وفهم من قوله: (بعد الأجل) أنَّه لَو لَم يطل مقامه معها لا يكمل، وهو المشهور.

وعن مالك والمغيرة وابن كنانة أنَّه يجب لها الجميع بنفس إرخاء الستر، وإن لم يمسها ولا طالت إقامتها. وروي عن مالك: إن ضرب لها الأجل بقرب البناء، فلها نصف الصداق. به أخذ ابن عبد الحكم، وروى أشهب: إن رفعته بعد طول مدة فلها الصداق كله.

(ص): (وداء الفرج في المرأة ما يمنع الوطء أو لذته كالرتق، والقرن، والعفل. وزيد البخر والإفضاء)

(ش): عياض: الرتق بفتح الراء والتاء: التصاق موع الوطء والتحامه.

والعفل بفتح العين المهملة وفتح الفاء: في النساء كالأدرة في الرجال، وهو بروز لحم في الفرج.

والقرن بفتح القاف وسكون الراء: مثله، لكنه قد يكون خلقة غالبًا، ويكون عظمًا، وقد يكون لحمًا.

وقال غيره: وأما القرن بفتح الراء فهو المصدر، وهو الأحسن هُنَا لِيَكُونَ مُوافِقًا لِبَاقِي العيوب في أنها كلها مصادر، ومن عد الفتح خطأ فقد أخطأ.

قوله: (وزِيدُ البَخَرُ والإفْضَاءُ) زادهما في الجلاب، فالبخر نتن الفرج؛ لأن المصنف أخبر بذلك عن داء الفرج، وهو قريب من قول اللخمي: ترد المرأة بعيب الفرج إذا كان مما يمنع الجماع كالرتق والقرن، أو لا يمنع كالعفل والنتن والاستحاضة والإفضاء وحرق النار. انتهى.

فزاد الاستحاضة وحرق النار.

وبكلام اللخمي يظهر لك كلام قول المصنف: (مايمنع الوطء أو لذته).

وكذلك نص محمد على أن حرق النار عيب.

اللخمي: ويختلف في أربعة: السواد، والقرع، والبخر، والخشم. والظاهر من قول مالك: لا ترد بها.

وقال ابن حبيب: ترد بالسواد إذا كانت من قوم لا سواد فيهم، فهو كالشوط، وبالقرع.

ويأتي على ما في "الجلاب" من الرد بنتن الفرج أن ترد بالبخر والخشم؛ لأن نتن الأعلى أولى لقرب مضرته.

وقال ابن بشير: المشهور في القرع والسواد نفي الرد، وكذلك قال الباجي لَمْ أَرَ مَا قَالَهُ ابن حبيب لغيره، وظاهر المذهب أَنَّهَا لا تُرَدُّ بذلك كالجرب.

وزاد صاحب " البيان " عن ابن حبيب: أنها ترد بالعرج.

قال في "الموازية": ولا ترد إذا وجدها عجوزًا.

اللخمي: وأرى أن ترد إذا وجدها كبنت الأربع سنين لامتناع الوطء حينئذٍ، والمضرة عليه في الصبر.

ابن راشد: والظاهر لا رد له بالصغير.

فرعان:

الأول: إذا كان شيء من هذه العيوب خفيفًا يُجامع معه، فقال في "المدونة[1]" وغيرها: ترد إذا كان عند أهل المعرفة من العيوب؛ إذ المجنونة والبرصاء والجذماء يقدر على جماعهن وهي ترد به.

وقال ابن حبيب: ترد بذلك إلا أن يكون عيبًا يمنع اللذة.

اللخمي: والأول أحسن. وقد أبان مالك العلة في ذلك.

الثاني: نَصَّ اللخمي عَلَى أَنَّ لأحد الزوجين أن يرد صاحبه إذا وجده عذبوطًا، وهو الذي يحدث عند الجماع، قال: وقد نزل ذلك في زمان أحمد بن نصر صاحب سحنون، وادَّعَاهُ كل من الزوجين على صاحبه، فقال أحمد: يطعم أحدهما تينًا، والآخر فقوسًا، فيعلم من هو منهما.

والعذبوط: بكسر العين وفتح الباء بواحدة من تحتها، وبالذال والواو ساكنتين، هكذا ضبطه الجواليقي، وذكره ابن فارس في مجمله، والجوهري بالياء ويقال للمرأة عذبوطة.

(ص): (إلا أن يكون الرتق مما يعالج إلا أن تمتنع من العلاج، ولا تجبر إن كان خلقة)

(ش): هذا استثناءٌ مِمَّا تَقَدَّم؛ أي الرتق عيبٌ تُرَدُّ به المرأة إلا أن يكون الرتق مِمَّا

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٦.

يعالج، ولا تجبر على العلاج إن كان خلقة، وفهم من كلامه أنها تجبر إذا لم يكن خلقة، كما يفعله بعض السودان، وبذلك صرح في "الموازية"، وَزَادَ فيها: إذا قال النساء أن ذلك لا يَضَرُّ بِهَا.

قال: وأما إن رضيت في الخلقة بالبط فلا خيار للزوج.

اللخمي: والرتق على أربعة أوجه، فإن كان لا ضرر في قطعه ولا عيب في الإصابة بعد القطع فالقول قول من دعا منهما إلى القطع، وإن طلق بعد رضاها وقبل القطع لزمه نصف الصداق، وإن كرهته، فطلق الزوج لذلك، فلا شيء عليه، وإن كان في القطع ضرر عليها ولا عيب بعد ذلك في الإصابة فالخيار لَهَا دُونَهُ، وَإِنْ كَانَ لا ضَرَرَ عليها في القطع، وفي الإصابة بعد ذلك عيب، فالخيار له دونها، وإن كان القطع فيه الضرر وفي الإصابة أيضًا عيب فالخيار لكلِّ واحدٍ منهما.

أصبغ: وإن قامت للعلاج وهو يستمتع بها، فإن طال كطول أمد العنين في علاجه فلها جميع الصداق كالسنة، وما قاربها من كثير الأشهر.

المتيطي: وفي قول أصبغ نظر. وإذا تمتع بها ولو مرة واحدة فَلِمَ لا يَكُونُ تمتعه بها رضًا منه بدائها.

ابن عبد السلام: قال بعضهم: وأجل العلاج في داء الفرج بحسب الاجتهاد.

وأجل فيه بعضهم شهرين، وهو بعيدٌ.

(ص): **(وإذا أنكرت المرأة داء الفرج، فقال ابن القاسم: لا ينظر إليها النساء. وأنكره سحنون)**

(ش): احترز بداء الفرج مِمَّا لَو أَنْكَرَتْ البرص ونحوه، فإنهم قالوا: إن كان بالوجه والكفين، فثبت بالرجال، وإن كان في غير ذلك من الجسد ثبت بالنساء على ظاهر المذهب.

وقيل: يبقى الثوب على ذلك الموضع وينظر إليه الرجال. وبقول ابن القاسم: (لا ينظر إليها النساء) قال ابن حبيب. قيل: وهو مذهب مالك.

قال ابن حبيب: قيل: وهو مذهب مالك وجميع أصحابه حاشا سحنون.

ابن الهندي في "مقالاته": والقول قولها مع يمينه، وقال الشيخ أبو إبراهيم: ولها رد اليمين على الزوج. قال: وقد شهدت من مضى يفتي بهذا. انتهى.

وروى علي بن زياد، عن مالك مثل قول سحنون وإليه ذهب ابن لبابة، وصوبه

سحنون، وقد جاء أنها ترد بعيب الفرج، وكيف يعرف ذلك إلا بنظر النساء، وهذا هو الإنكار الذي أشار إليه المصنف، وروي أيضًا عن سحنون مثل قول ابن القسم، وقال بعض الأندلسيين: ينظر إليها في المرآة.

فرع:

إذا فرعنا على قول ابن القاسم أنه لا ينظرها النساء، فإن جاء الزوج بامرأتين تشهدان برؤية رتقها مثلا قبلتا ولا تجرحان بالنظر، إما لأنه مختلفٌ في إباحته، وإما لعذرهما بالجهل. وإنما قبلتا وإن كان ما شهدتا به غير مال؛ لأنه يئول إلى المال، وهو سقوط الصداق، ولا يوجب طلاقًا، لأن الطلاق بيد الزوج.

(ص): **(وإذا أنكر الرجل الجب وشبهه جس على الثوب، وصُدِّقَ في العُنَّةِ، قَالَهُ مالك لما نزلت بالمدينة)**

(ش): قوله: **(في العنة)**؛ أي: في الاعتراض.

وهذا من المواضع التي أطلق فيها العنة على الاعتراض، وَمَا حَكَاهُ عن مالك تقدم، ولهذا كان الأولى إسقاط هذا؛ لأنه تكرار مع ما تقدم، وأمَّا مَا ذَكَرَهُ من قوله: (جُسَّ عَلَى الثَّوبِ) فنحوه في "المتيطية " وغيرها، وعزاه لابن حبيب.

الباجي: وعندي أَنَّهُ يجوز للشهود أن ينظروا إليه.

قال: وقد ينظر النساء إلى فروج النساء للضرورة.

وخرج اللخمي النظر إليه على قول سحنون المتقدم في المرأة، وفيه نظر؛ لأن الجس في المرأة لا يعلم به شيء بخلافه هُنَا، وهذا إنما هو في عيب الفرج، وأما الجنون والجذام والبرص، فيعلم ذلك بالمشاهدة.

فرع:

إذا كان خنثى وحكم له بحكم الرجال، هل يكون لزوجته رده؟

عبد الحميد: والأقرب أنه لا رد لها، وإن كانا معيبين بجنسين كما لو كان أحدهما مجنونًا والآخر مجذومًا، فقال بعض أهل النظر: لكل منهما الخيار.

عبد الحميد وغيره: وهو الصواب. وإن كانا بجنسٍ واحدٍ ففيه نظر، قاله غير واحدٍ.

(ص): **(والعيب المقتضي للخيار ما وجد قبل العقد لا بعده، وفي ثبوت الخيار للمرأة خاصة بعدها، ثالثها: إلا في البرص. ورابعها: إلا في القليل منه)**

(ش): لما قدم أن كلا من الزوجين يرد بأحد العيوب الأربعة، بين أن ذلك إنما هو إذا كان العيب قبل العقد بحيث يكون من به العيب غارًّا، وأما إن حدث بعده، فإن حدث بالمرأة، فلا مقال للرجل، وهي مصيبة نزلت به، وإن حدث به فهل لا خيار لها قياسًا عليه، أو تخير في كل عيب؟

والفرق بينها وبين الرجل أن الرجل يقدر على الفراق، أو يفرق أربعة أقوال، وتصورها من كلام المصنف ظاهر.

ابن عبد السلام: والقول بالخيار في كلا عيب يعز وجوده في المذهب؛ لأن ظاهر كلام المصنف يقتضي أن الاعتراض إذا حدث بعد الدخول فلها الخيار، وهو غير معلوم في المذهب، وإنما يعلم فيه على شذوذ في الجب خاصة.

تنبيهان:

أولهما: ما حكاه المصنف هنا مخالف لما تقدم من كلامه في "البيان"؛ لأن صاحب " البيان " ذكر أنه لا يرد بالبرص اليسير إذا حدث به بعد بالاتفاق، والمصنف قد حكى فيه الخلاف، بدليل أنه جعل الرابع تفصيلا.

الثاني: جعل اللخمي الجنون الحادث بعد العقد وقبل الدخول كالكائن قبل العقد، في وجوب الرد، ولم يذكر في ذلك خلافًا.

(ص): **(وأما جنونه الحادث فيعزل سنة، فإن صَحَّ وَإِلا فُرِّقَ بينهما. وقيل: إن كان يؤذيها)**

(ش): قوله: (وقيل: إن كان يؤذيها) راجع إلى قوله: (فرق)، وليس يرجع إلى قوله: (فيعزل سنة)؛ لأن العزل متفق عليه، وحاصله أنه إذا لم يصح بعد السنة، فإن كان يُؤذيها فرق بينهما، وإن لم يؤذها، فقولان:

أحدهما: لمالك وابن القاسم بثبوت الخيار.

والثاني: لأشهب وابن حبيب بنفيه. وصرح أشهب بنفي خيارها وإن كان لا يفيق من جنونه أصلا، لكن قيد اللخمي قوله بما إذا كان يحتاج إليها، وإلا فرق بينهما؛ لأن في بقائها ضررًا عليها من غير منفعة.

(ص): **(وعن مالك في المجذوم البين كذلك)**

(ش): أي: فيعزل سنة إذا رجي برؤه، ثم يفرق بينهما إن شاءت. وأشار بقوله: (وعن مالك)، إلى ما قاله أشهب أنه: لا يفرق بينهما، إلا أن يتفاحش وتغض الأبصار

دونه، فإن رضيت بالمقام معه ثم أرادت الفراق، فقال ابن القاسم: ليس لها ذلك إلا أن يزيد.

وقال أشهب: لها ذلك وإن لم يزد.

وحكى في "البيان " ثالثًا: ليس لها رده ولو زاد.

فرع:

قال في "الجواهر": إذا ظهر بعد مدة من عقد النكاح عيب بها فتنازعا في أنه كان موجودًا حال العقد، فالبينة على الزوج وصدق الأب.

محمد: مع يمينه.

ابن حبيب عن مالك: وإنما يحلف الولي إذا كان أبًا أو أخًا، وإن كان غيرهما فاليمين عليها، فجعل محمد محل اليمين محل الغرم، ووافق على هذا بعض الموثقين إذا كان الزرج دخل، وإن كان لم يدخل فإنما تجب اليمين عليها لا على الولي؛ لأن الولي لم يفوت على الزوج شيئًا، ونص المتيطي على أن منازعة الزوج تكون مع الزوجة إن كانت ثَيِّبًا. ومع الولي إن كانت بكرًا.

(ص): (**ولا خيار بغير هذا إلا بشرط**، ولو **كانت لغية أو مفتضة من زنى**)

(**ش**): الإشارة بهذا إلى العيوب المتقدمة، فلا رد له بغيرها، ولو تبين أنها ابنة زنى، وهو معنى قوله: (لِغَيَّةٍ)؛ أي: لزنية، أو تبين أن بكارتها زالت بزنى، وهو معنى قوله: (أو **مفتضة من زنى**).

وفي "المتيطية " قال بعض الموثقين: إذا وجدها مفتضة من زنى فله الرد، وهو خلاف " المدونة[1]".

(ولغية): بكسر اللام وفتح الغين المعجمة وتشديد الياء، وحكى بعض اللغويين فيه كسر الغين، ولا إشكال أَنَّه إذا اشترط السلامةَ فَلَهُ الرَّد.

ابن أبي زيد: ولو كتب في العقد صحيحة العقل والبدن لم يكن ذلك شرطًا، ولو قال سليمةَ البَدَنِ لكان شرطًا، فترد بالسواد والعمى والشلل وغيرها. قال: وبهذا كان يفتي علماؤنا ونفتي نحن.

قال بعض المتأخرين: إِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا؛ لأن الأولى عادة جارية من تلفيف

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٧.

الموثقين، ولم تجر العادة بالثاني.

وللباجي في "وثائقه": إِذَا قِيلَ صحيحة البدن فهو شرط، وَلَهُ أن يرد بغير الأربعة.

وذكر أبو عمران في رواية " الدمياطية " عن ابن القاسم: لا رد له في شيءٍ من العيوب كلها غير الأربعة، وإن اشترطت السلامة.

وعلى الأول فلو قال الولي: هي سليمة؛ فهل يكون كالشرط؟

اللخمي: وفي "الموازية " إذا قال الخاطب: قيل لي: إن ابنتك سوداء.

فقال: كذب من قاله، بل هي بيضاء. فوجها سوداء، أو قال: ليست عمياء ولا عرجاء. فوجدها كذلك، فله الرد؛ لأنه غَرَّهُ.

أصبغ: هو كالشرط.

وفي "الموازية": قال ابن القاسم: إذا رفع الولي في الصداق، فأنكر عليه ذلك فقال: إن لها كذا. وسمى رقيقًا وعروضًا، فيصدقها الزوج مَا سَأَلَ ثُمَّ لا يَجِدُ لَهَا شَيْئًا، قال: فَالصَّدَاقُ لازِمٌ لَهُ، ولا حجة له مثل مَا لَو قَالَ: هي بيضاء جميلة شابة. فيجدها سوداء، فلا كلام له ما لم يشترط ذلك، فيقول: أنكحها على أنها بيضاء.

اللخمي: فجعله ابن القاسم من جهة الغرور، فألزمه ذلك مرة، ومرة لم يلزمه، والمختار أنه كالشرط لمقارنته العقد، وقال صاحب " البيان": لا اختلاف أن علمه في أن الخاطب إذ قال للمخطوب منه: قَدْ قِيلَ لِي إن وليتك سوداء أو عوراء، فقال له: كذب من قال سوداء، بل هي بيضاء، أنَّ ذلك شرط ويردها بذلك، وإنما اختلفوا إذا وصفها الولي عند الخطبة بالبياض وصحة العينين ابتداءً، على غير سبب، وهي عوراء أو سوداء، فقيل: إن ذلك لازم للزوج ولا كلام له؛ لأنه فرط؛ إذ لم يتثبت، وهو قول أصبغ في الخمسة، ومذهب ابن القاسم في رواية يحيى عنه، واختيار ابن المواز.

وقيل: إنه بالخيار قبل الدخول، إن شاء تقدم على أن عليه جميع الصداق، وإن شاء فارق ولم يكن عليه شيء، وإن لم يعلم حتى دخل ردت إلى صداق مثلها على ما بها من العيوب، ورجع بالزائد عليها، وهو قول ابن وهب وعيسى بن دينار.

وقيل: إنه يرجع به على الولي الذي غَرَّهُ، إلا أن تكون ثَيِّبًا وقد علمت بكذب وليها، فتقدمت على معرفة بذلك، فيرجع عليها إن كان لها مال، وإلا رجع على الولي، وهو قول ابن حبيب.

ابن القاسم في "الدمياطية": ولو قال له غير الولي الذي يزوجها منه: أنا أضمن لك

أنها ليست سوداء ولا عرجاء ولا عوراء، فدخل ووجدها بخلاف ما ضمن لكان له الجوع بما زاد على صداق المثل، وليًا كان أو غيره، وكذلك الذي يُزَوِّجُ وليته على أَنَّ لَهَا مِنَ المَالِ كَذَا، يفرق فيه بين أن يسمي ذلك ابتداء أو لا؟ وهو خلاف طريقة اللخمي.

وما ذكره المصنف من أنه إذا وجدها لغية لا رَدَّ لَهُ مَنْصُوصٌ عليه في "المدونة[1]"، قالوا:

وكذلك عن تبين أن الزوج لغية.

وفي "المبسوط": إن انتمى إلى ذي الحال والهيئة في موضعه ونسبه أو انتمى إلى قوم لهم هيئة في أنفسهم وأحسابهم، رد نكاحه وعُوقِبَ.

ابن يُونس: وروى أبو زيد عن ابن القاسم فيمن تزوج امرأةً على نسبٍ انتسب إليها إلى فخذٍ مِنَ العَرَبِ، فوجد من غيرهم، فإن كان مولًى وهي عربية، فلها الخيار، وإن كان عربيًا، فلا خيار لها إلا أن تكون قرشية، فتتزوجه على أنه قرشي، فَإِذَا هُو من قبيلٍ مِنَ العَرَبِ. انتهى.

ولو اشترط أنها بكر فوجدها غير عذراء، فقال ابن حبيب عن مالك: لا قيام له. وبه قال أشهب وأبو بكر بن عبد الرحمن، وهو دليل ما في "المدونة[2]" في كتاب الرجم.

المتيطي: لأنَّ العذرة قد تذهب من القفزة والحيضة، وقال ابن العطار: له ردها بذلك.

بعض الموثقين: وَلَيْسَ في هَذَا شَكٌّ؛ لأنه تزوجها على شَرْطٍ فوجد خلافه.

وقال غيرهم من الموثقين: الصواب قول مالك المتقدم؛ لأنَّ اسم البكارة وَاقِعٌ عليها وإن زنت، إلا أن يشترط أنها عذراء، فَإِنْ شَرَطَ ذَلِكَ كَانَ لَهُ الرد. قاله أصبغ وغيره.

وقال ابن العطار: ولا حد على زوجها في دعواه أنها ثيب؛ لأن البكارة قد تزول من غير وطء، إلا أن يصرح بأن ذلك من زنى، فعليه الحد إلا أن يأتي بالمخرج، وينبغي إذا ذهبت عذرة وليته من قفزة ونحوها أن يعلم الزوج بما جرى، فإن ترك

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٨.

إعلامه فهل يجب له الرد؟ فلأشهب فيمن زعم أنه وجد زوجته ثيبًا، فأقر له الأب وادَّعى أنها كانت تكنس فذهبت عذرتها، أن للأب أخذ الصداق ولا شيء للزوج.

وقال ابن العطار: إن لم يبين ذلك فله الرد.

بعض الموثقين: وهو الصواب؛ لأنه عيبٌ قد علمه.

(ص): (**ولا يجب إعلامه بغير الأربعة**)

(**ش**): أي: لا يَجِبُ عَلَى الولي أن يعلم الزوج أنَّ بوليته عَيْبًا، خلاف الأربعة المتقدمة، ونفي الوجوب لا ينفي الاستحباب، فكلامه هُنَا محتمل، ولَعَلَّ المصنف إِنَّمَا عَبَّرَ بذلك تَبَعًا للفظ مالك، فقد نقل اللخمي وغيره أنه ليس على الولي أن يخبر أنها عمياء أو عرجاء أو مقعدة، وأنه أجاز أن يكتم ذلك.

ونقل المتيطي عن مالك في "الموازية " أنه قال: لا يجوز له أن يخبر من عيوب وليته بشيء مما لا يجب ردها به من العور والعمى والسواد ونحوها، واستشكله بعض الشيوخ، والإشكال فيه ظاهر. ولا يقال: النكاح مبني على المكارمة؛ لأن المكارمة بحسب العادة إنما هيَ في الصداق.

وفي "العتبية": لا ينبغي لرجلٍ علم من وليته فاحشة أن يخبر بشيءٍ من ذلك إذا خطبت.

قال في "البيان": وَيَجِبُ عليه أن يستر عليها؛ لأن الفواحش يجب على الرجل أن يسترها على نفسه وعلى غيره، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَا أَصَابَ مِنْ هَذِهِ القَاذُوْرَاتِ شَيْئًا فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللهِ، فَإِنَّهُ مَنْ أَبْدَى لَنَا صَفْحَتَهُ أَقَمْنَا عَلَيْهِ"(١).

وفي "الموطأ " أَنَّ رَجُلا خطب إلى رجل أخته فذكر أنها كانت أحدثت، فبلغ ذلك عمر فضربه أو كاد أن يضربه.

(ص): (**وقالوا: إن من ليس في أهلها أسود كشرط البياض**)

(**ش**): تبرأ من هذا؛ لأنه مُخَالِفٌ لما قدمه في التي تُوجد لغيةٍ أَو مُفْتَضَّةً مِنْ زِنًى؛ لأَنَّه كما أن الغالب فيمن ليس في أهلها أسود البياض، كذلك الغالب صحة أنسابهم، والبكارة في حق من لم يعلم لها زوج، وقد تَقَدَّمَ أَنَّهُ لا رَدَّ له بذلك، وكلام المصنف يقتضي أَنَّهُ لم يطلع على خلاف هذا، وقد فرضنا أن المشهور خلافه، فإن وجدها

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، برقم (١٥٦٢)، والحاكم في المستدرك: ٤/٢٤٤.

سوداء أو عرجاء أو عمياء، وادَّعَى أنه تزوجها على السلامة، فالقول قول المرأة، حكاه ابن الهندي في مقالات ابن مغيث.

(ص): **(وإذا رَدَّهَا قبل المسيس فلا صداق)**

(ش): لأن البضع لم يفت، وهي المدلسة أو وليها.

(ص): **(وفي سقوطه بردها قولان؛ لأنه غار)**

(ش): (سقوطه)؛ أي: الصداق. (بردها)؛ أي: برد المرأة الرجل بسبب عيبه. (قولان):

أحدهما: لا شيء لها؛ لأنه فسخ جاء من جهتها، وقياسًا على الفرع المتقدم، وهذا ظاهر المذهب.

والقول الثاني: لها نصفه، والفرق بين هذا والذي قبله ما أشار إليه المصنف بقوله: (أنه غار)؛ أي: لأنَّ الزوج لما تزوجها عالمًا بعيبه وغرَّها، فقد دَخَلَ عَلَى أَنَّهَا ترده بذلك، ويلزمه نصف الصداق.

(ص): **(وأما بعده، فيثبت إن كان الخيار لها، فإن كان لَهُ والولي قريبٌ لا يَخْفَى عليه كأب أو أخٍ ثبت لها، ورجع بالصداق كله عليه، ولا يرجع الولي عليها بشيء)**

(ش): يعني: وأمَّا بعد الدخول، فيثبت الصداق إن كان الخيار لها؛ لأنها استحقته بالمسيس، ولا عذر له؛ لأنه غار، وإن كان الخيار للزوج لكون العيب بها، فإن كان الولي قريبًا لا يَخْفَى عليه العيب لزم الزوج الصداق للمرأة، ثم يرجع بجميع ما دفعه لها على الولي؛ إذ لم يخبره بالعيب.

قال في "البيان": والقريب الذي يحمل على العلم هو الأب والأخ والابن، قاله مالك في "الموطأ" وابن حبيب في "الواضحة"، وسواء كَانَ العيب جنونًا أو جذامًا أو بَرَصًا أو داء الفرج خفيًّا أو ظاهرًا، وحكى فضل في داء الفرج الخفي عن عيسى بن دينار أن الرجوع في ذلك لا يكون إلا على المرأة، ونسبه إلى " العتبية"، هذا هو المنصوص في المذهب.

وجعل اللخمي العيوب على ثلاثة أقسام:

١ - قسم يحمل الجميع فيه على العلم؛ وهو الجنون والجذام والبرص إذا كان في الوجه والذراع، وقسم يحمل فيه الأب والأخ على العلم دون من عداهما؛ وهو البرص الذي تستره الثياب، وَقِسْمٌ يُحْمَلُ على الجهل في حق الجميع؛ وهو داء الفرج الباطن.

ولـم يرتض صاحب " البيان " تقسيم اللخمي، وقال فيما حكاه الفضل: ولم يقع عندنا في "العتبية " ما نسبه الفضل إليها.

أصبغ: البكر والثيب في هذا سواء.

قوله: (ولا يرجع الولي عليها بشيء)؛ أي: إذا غرم الصداق، فلا يرجع على المرأة بشيء؛ لأنه هو الغار، هذا إنما هو إذا لم تكن المرأة حاضرة حال العقد.

قال في "البيان": ولو زوجها بحضورها، ولم يخبر واحد منهما بالعيب لكانا جميعًا غارين، يرجع الزوج على من وجد منهما، وليًا أو امرأة، فإن رجع على الولي رجع على المرأة، وإن رجع على المرأة لم ترجع المرأة على الولي، ونحوه في اللخمي و"المتيطية".

(ص): (فإن غاب بحيث يعلم أنه يخفى عنه خبرها فقولان)

(ش): أي: فإن غاب الولي القريب يظن به علم حالها، بحيث يظن خفاء ذلك عليه.

فقوله: (بحيث يعلم)؛ يريد: يظن كما قلنا، وكذلك صَرَّحَ بالظن هُنَا جماعة، (فقولان):

أحدهما لأشهب: أن ذلك لا يسقط عنه حكم الرجوع ربطًا للحكم بالمظنة.

والثاني: لابن القاسم وابن وهب وابن حبيب، ورواه ابن عبد الحكم عَن مَالِكٍ: أَنَّهُ يسقط عنه الغرم، ويرجع على المرأة وترك لها ربع دينار.

ابن القاسم: بعد يمينه بجهله ذلك.

(ص): (فإن أعسر الولي، ففي رجوعه على المرأة قولان)

(ش): يعني: إن وجب الرجوع على الولي فوجد عديمًا، فقال مالك وابن القاسم ومحمد: لا يرجعُ عَلَى المرأة بشيءٍ.

وقال ابن حبيب: يَرْجِعُ عليها إِذَا كانت مُوسِرَةً ولا ترجع هي به، فإن كانت عديمة رجع على أولهما يسرًا.

(ص): (وإن كان كابن العم رجع على المرأة لا عليه، وَتَرَكَ لَهَا ربع دينار)

(ش): هذا قسم قوله في صدر المسألة: (والولي قريب)؛ أي وإن لم يكن قريبًا كالعم وابنه، أو من العشيرة أو من الموالي أو السلطان، فإنَّ الزوج يرجع على المرأة لا عليه، لكن يترك لها ربع دينار لحق الله تعالى، بخلاف ما إذا رجع على الولي في القسم

الأول، فإنه لا يترك له شيئًا، وهذا مُقَيَّدٌ بأن لا يعلم، أما إن علم فأنه يرجع عليه كالولي القريب. قاله ابن المواز وغيره.

(ص): (وفي تحليفه قولان)

(ش): أي: وفي تحليف هذا الولي البعيد على عدم العلم، والقول بِأَنَّهُ لا يمين عليه لابن المواز.

وقال ابن حبيب: إن اتهم حلف. والخلاف مبنيّ عَلَى الخلاف في توجيه يمين التهمة، أما إن ادَّعَى الزوج على الولي البعيد العلم حلف، فإن نكل حلف الزوج: لقد علم، وغرمه، فإن نكل، فلا شيء له عليه ولا على المرأة، وقد سقطت متابعته للمرأة لإقراره بعلم الولي به، وأنه غره.

وقال ابن حبيب: إن حلف الولي رجع على المرأة.

اللخمي: وهو أصوب.

(ص): (وإذا طلقها ثُمَّ اطَّلَعَ على عيبٍ يُوجب الخيار فكالمعدوم ولو ماتا توارثا، وقال سحنون: يرجع بالصداق)

(ش): قوله: (فكالمعدوم)؛ أي: فكأن العيب لم يكن، ولا خيار له؛ لأنها بانت منه، وهو مفرط، ويدل على ذلك أنهما لو ماتا توارثا، فكما أن الخيار يفوت بالموت، فكذلك يفوت بالطلاق؛ لأن العصمة فيهما قد انقطعت. ولم ير ابن سحنون الطلاق أو الموت فوتًا، بل أوجب له الرجوع على الولي الغار، فإن كانت هي الغارة رجع عليها، وترك لها ربع دينار وانظر ما نقله المصنف هُنَا مَعَ قَولِهِ في الخلع: (فَإِنْ تَبَيَّنَ لَهُ عيب خيار رَدَّ مَا أَخَذَهُ عَلَى المَشْهُورِ وَمَضَى الخُلع).

(ص): (الغرور: وَإِذَا غُرَّ الوليُّ أو الزَّوْجُ أو الزوجة بعيبٍ ثبت للمغرور الخيار ولا صداق قبل البناء)

(ش): جرت عادة أصحابنا أن يخصوا هذه الترجمة بالكلام على عيب الرق، وما يتعلق بذلك من أحكام الصداق والولد، والمصنف لم يفعل ذلك، ألا ترى أَنَّه أدخل تحت الترجمة من غر بالتزويج في بالعدة، ولأن قوله: (بعيب) يشمل الأربعة المتقدمة وغيرها، لكن الأربعة يرد بها من غير شرط، وما عداها إنما يرد به بالشرط كما تقدم.

وقوله: (لا صداق قبل البناء)؛ يعني: سواء كان هو المغرور أو هي المغرورة، أما إن كان هو المغرور فظاهر، وأما إن كانت هي المغرورة فظاهر المذهب كما تقدم،

ووجهه أن الطلاق وقع قبل البناء من جهتها؛ إذا لو شاءت لمكنت من نفسها.

(ص): **(وأما بعده والخيار له، ففيها: إن كان الولي الغار رجع عليه بجميعه لا بقيمة الولد، فإن كانت إِيَّاهَا تَرَكَ لَهَا رُبُعَ دينارٍ)**

(ش): يعني: أنَّ مَنْ غَرَّ بالحرية، ثم ظهر على ذلك بعد البناء، فإنه يفرق بين أن يكون الولي قريب القرابة أَمْ لا كَمَا تَقَدَّم في العيوب الأربعة.

عياض: وذهب بعض الشيوخ إلى أنه يترك أيضًا للولي إذا رجع عليه ربع دينار ولا وجه له.

وقال غيره: هو ظاهر؛ لأن الزوج إذا أخذ الجميع كان وطؤه من غير صداق منه.

ولعل المصنف نسب المسألة لـ " المدونة[1]" لهذا الإشكال.

وليس قوله: (وإن كانت إِيَّاهَا) رَاجِعًا إلى مسألة الأمة؛ لأن الحكم في الأمة خلاف هذا، وهو أنه يلزمه الأقل من المسمى وصداق المثل، كما سيقوله المصنف، لكن كلامه كالنص في إرادة الأمة؛ لقوله: (لا بقيمة الولد)، وذلك لا يكون إلا فيها.

وعلى هذا ففي كلامه تَعَارُض، وكان الأَوْلَى أَنْ يسقط المصنف هذا؛ أعني قوله: (وإن كانت إِيَّاهَا... إلخ)؛ لأنه ليس في الأمة، وإنما هو في العيوب، وقد قدم المصنف ذلك في العيوب.

قوله: (وإن كانت إِيَّاهَا) فصل الضمير؛ لأنه المختار عند الأكثر.

(ص): **(كذلك من غَرَّ بالتزويج في العدة)**

(ش): هذا كقوله في "المدونة[2]": ومن غر من وليته فزوجها في عدة ودخلت، فسخ النكاح وضمن الولي الصداق، وإن كانت هي الغارة تَرَكَ لَهَا ربع دينار، وَرَدَّتْ مَا بَقِي.

اللخمي: وإن لم يعلم الولي رجع عليها، وإن علم فكلاهما غار، فيخير بين أن يرجع على الولي أو عليها.

ابن عبد السلام: ولأجل هذا الفرع يكتب الموثقون أنها خلو من زوج وفي غير عِدَّةٍ منه، ولو سكت عنه وكانت ثيبًا، وقالت بعد ذلك: أنا حامل ولم يأتني قرء.

فقال ابن عتاب: إذا لَم يأتِ لَهَا من الوقت الذي دَخَلَ فيه ما يتبين فيه الحمل

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٨.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٩.

فالنكاح مفسوخ.

وقال ابن القصار: لا يقبل قولها إِذْ لعلها ندمت على النكاح.

(ص): (ولو غَرَّهُ مُخْبِرٌ لَمْ يرجع عليه بشيء إلا أن يَتَوَلَّى العَقْدَ إلا أَن يُخْبِرَهُ بأنه غير ولي).

(ش): (لم يرجع عليه) لأنه غرور بالقول، وهو مفرط إذ لم يثبت لنفسه.

وقال جماعة: هذا على المشهور أن الغرور بالقول لا يُوجب غرمًا، وأما على القول بأنه يوجب الغرامة فيضمن هنا، وينبغي أن يُؤَدَّب، ويتأكد أدبه على القول المنصوص بعدم الغرامة، ففي كتاب تضمين الصناع من " المدونة[1]": وإن سألت خَيَّاطًا قياس ثوب، فزعم أَنَّهُ يقطع قميصًا، فابتعته بقوله، ولم يقطع قَمِيصًا، فقد لزمك ولا شيء لك عليه ولا على البائع. وكذلك الصيرفي في درهمٍ تُرِيدُ إِيَّاهُ جَيِّدًا، فتلفيه رديئًا.

فإن غَرَّا من أنفسهما عُوقبا ولم يغرما، فأنت ترى كيف حكم بالعقوبة فيهما، ففي الفرج مع غرامة الصداق أولى.

قوله: (إلا أن يتولى العقد)؛ أي: إلا أن يتولى الأجنبي العقد، فيكون غرورًا بِالفِعْلِ ويلزمه الضمان.

ابن المواز: ولا يترك له ربع دينار، وكأنه باعه البضع فاستحق.

وحكى ابن بشير في تعلق الغرامة وعدمه ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث، وهو المشهور، فيغرم في الغرور بالفعلِ دُونَ القَولِ.

قوله: (إلا أن يخبره أنه غير ولي)؛ أي: إلا أن يخبر هذا الأجنبي المتولي النكاح بأنه غير ولي للمرأة، وإنما ولي لها عقد النكاح بمقتضى ولاية الإسلام، ويصير حينئذٍ كمن غَرَّ بالقولِ.

وعلل اللخمي السقوط فيما إذا أخبره أنَّه غير ولي، بأن الزوج دخل على أن النكاح يفسخ؛ لكونه تولاه غير ولي.

وعلَّلَ ابن راشد بأنه كالسمسار يُنَادي على السلعة فيتولى البيع، ويقول: ليست لي بل هي لغيري.

(ص): (وفيها في الأمة تُغَرُّ بالحرية الأقل من صداق المثل أو المسمى، وقيل:

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٠٩.

صداق المثل، وإن زَادَ. وَقيل: الأكثر. وأنكره أشهب؛ إذ لا يزيد على الزنى طوعًا. وقيل: ربع دينار)

(**ش**): (الأقل) لأنه إن كان المسمى أقل، فقد رضيت به على أنها حرة، فلأن ترضى به وهي أمة أولى، وإن كان صداق المثل أقل فلأن من حجة الزوج أن يقول: إنما أعطيت هذا المسمى لأجل الحرية، والحكم بالأقل إِنَّمَا هُو إذا لم يمسكها، وأما إن أمسكها فالمسمى، ذكره في "الجواهر".

وما ذكره المصنف عن " المدونة[1]" من الأقل هو تأويل صاحب " البيان"، (الأكثر) وَهُو نَص ابن القاسم في "العتبية"، ومنهم من فهمها على القول الثاني، وهو نص ابن القاسم في "الموازية"، ووجهه أنه إتلاف لمال الغير، وتصور القول الثالث من كلامه ظاهر.

قوله: (وأنكره أشهب) اللخمي وابن يونس: وقال أشهب في "الموازية": لَيْسَ لَهَا سوى المسمى، كَمَا لَو زَنَى بِهَا طَائِعة.

ابن يونس: يريد: فلا يكون لها عليه شيء، فكذلك مَا زَادَ على المسمى لا شيء للسيد فيه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في "المدونة[2]". انتهى.

ففهم عن أشهب أنَّ الواطئ لا شيء عليه في الزنى إن طاوعته، وكذلك نقل ابن عبد السلام عنه، وقال: سواء كانت بكرًا أو ثيبًا. وقال في "البيان": وقال - يعني ابن القاسم -: إنه إن أصدقها أدنى من صداق مثلها لم يكن لها إلا ذلك.

قال أشهب: كما لوزنى بها طائعةً لا يكون لها إلا قدر ما يستحل به فرجها كالحرة إذا غرت من نفسها بجنونٍ أو جُذَامٍ. وهو قول ابن أبي حازم. انتهى.

فنقل عن أشهب أنه يكون عليه في الزنى ربع دينار، وكذلك نقله عنه ابن راشد.

وقال محمد في مسألة الأمة الغارة قولا بأنه ليس لها إلا ربع دينار، وَوَجْهُ إِنْكَارِ أشهب واضح، وهو أن يُقَالُ: لو كان لها الأكثر في مسألة الغرور؛ لكان لَهَا الصداق إذا زنى بها طوعًا؛ لأنه قد عَابَهَا على ربها بالزنى أشد مما عابها عليه بالنكاح.

ومذهب ابن القاسم في "المدونة[3]" في الأمة الزانية الفراق بين البكر والثيب،

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٠.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١١.

ذكره في كتاب الرهن.

(ص): (**وتزويج الحر الأمة، والحرة العبد - من غير تبيين - غرور**)

(ش): لأن الغالب على الحر والحرة أنهما إنما يتزوجان مثلهما، وبهذا جرى العرف، والعرف كالشرط.

فرع:

وإذا غر العبد حرة، فقال في "العتبية": لَهَا أَنْ تَخْتَار قبل أَنْ ترفع ذلك إلى السلطان.

قال في "البيان": يُريدُ أنها إِنْ فعلت ذلك جاز الزوج مُقِرًّا بأنه غَرَّهَا، وأما إن نازعها فليس لها أن تختار إلا أن يحكم به السلطان لذلك.

قال: وهو تفسير لـ " المدونة[1]".

(ص): (**بخلاف تزويج العبد الأمة، وتزويج المسلم النصرانية**)

(ش): يعني: أن العقد إذا وقع هُنَا من غير تبيينٍ ليس بغرورٍ لحصول المساواة في تزويج العبد الأمة وحصول الأحسن للنصرانية، وعلى هذا فالمصدر مضاف إلى الفاعل، ويكون العبد والمسلم الغارين، ويحتمل أن يكونا مغرورين، ويكون المصدر مضافًا للمفعول.

(ص): (**ولو غر المسلم النصرانية بأنه نصراني فلها الخيار**)

(ش): هذا قول مالك في "العتبية" و"الموازية"، وله في "المبسوط" من رواية ابن نافع أنَّ النكاح ثابتٌ ولا خِيَارَ، وهو قول ربيعة؛ لأن الإسلام ليس بعيبٍ.

اللخمي وابن رشد: الأول أظهر لأجل الشرط، وهذا إذا قال لها: أَنَا على دينك.

وأما إن ظنت هي فلا ردَّ لها اتِّفَاقًا.

(ص): (**إذا غر الحر بالحرية فالولد حر**)

(ش): لدخول الأب على الحرية، فيوفى له بما دخل عليه.

قال في "البيان": وكان القياس أن يكون الولد رقيقًا لسيد الأمة؛ لأن كل أمة تلد من غير السيد فولدها بمنزلتها، إلا أنهم تركوا القياس في هذا؛ لإجماع الصحابة على أنهم أحرار، وعلى أن على لأب قيمتهم.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١١.

(ص): (وأما العبد فولد رقيق. وقيل: كالحر)

(ش): قوله: (فولده رقيق) هو مذهب " المدونة[١]"، قَالَ فِيهَا: إذ لا بُدَّ من رقه مع أحد الأبوين، فجعلهم تبعًا للأمِّ؛ لأنَّ العبد لا يغرم قيمتهم.

وقوله: (وقيل: كالحر)؛ أي: فيكون أولاده أحرارًا.

وأشار بقوله: (كالحر) إلى توجيه هذا القول، وهو أنَّ العبد دَخَلَ على أنَّ ولده حر، فيوفى له بذلك كالحر.

ابن عبد السلام: واختار هذا القول غَيْرُ واحدٍ.

ابن راشد: ولم أره مَعْزُوًّا.

ونقله عبد الحميد عن الشيخ أبي إسحاق، واحتج بدخوله على الحرية، قال: والتفرقة بين العبد والحر لكون العبد لا يقدر على دفع قيمة الولد ليست بظاهرة؛ لأن الحر أيضًا قد يكون عَدِيمًا، وقد يعتق العبد، كما يُوسر المعدم، إلا أن يُقال: للسيد إبطال ما في ذمة العبد، وليس بِبَيّنٍ، هذا معنى كلامه.

(ص): (وتجب قيمة الولد على الزوج لا على الولي الغار يوم الحكم إذا كان حيًّا فلو مات قبله فلا قيمة وانفرد المغيرة بيوم الولادة)

(ش): يعني أن الولد لما حكم بحريته فلا يسقط حق السيد من قيمته، بل تجب له قيمته على الزوج، لا على الولي؛ لأنهما وإن تساويا في إتلاف الولد على السيد، فالزوج مباشر، فكان أولى بالضمان.

عبد الحميد: وكان بعض الشيوخ يغرم الغار قيمة الأولاد.

قوله: (يوم الحكم) يعني أن وجوب القيمة يُعْتَبر يوم الحكم. وهذا مذهب "المدونة[٢]"، وعليه فلو مات الولد قبل ذلك لم يجب فيه شيء؛ لأنه معدوم يوم الحكم، فلا قيمة له، وما ذكره من انفراد المغيرة باعتبار القيمة يوم الولادة ليس بظاهر؛ لأنه في "البيان " ذكر أن أشهب مُوافِقٌ لَهُ، وضعف ابن المواز قوله بأنه لو صح اعتبار القيمة يوم الولادة لما سقطت بموته بعد ذلك، وهو تضعيف ظاهر، لو وافق المغيرة على ذلك.

والمنقول في "البيان " وغيره أن عند المغيرة وأشهب لا تسقط القيمة بموت الولد

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٢.

قبل الحكم، ونحوه للخمي.

ابن عبد السلام: وخرج بعضهم في المسالة قولا ثالثًا أن القيمة تعتبر يوم القيام من أحد الأقوال في الأمة المستحقة، أنها تعتبر قيمتها يومئذٍ، وهو تخريج صحيح.

(ص): **(فإن قتل فعليه الأقل قيمته أو ما أخذ من ديته، ولو وجبت فيه الغرة، فعليه الأقل منها ومن عشر قيمة الأم، فإن كان جنينًا فيوم الولادة. وقال أشهب: لا شيء للمستحق في الجميع كما لو اقتص من قاتله أو هرب)**

(ش): يعني: فإن قتل هذا الولد، فإن اقتص الأب من القاتل أو هرب لم يكن على الأب من قيمته شيء؛ لأنه قتل قبل الحكم، وأن أخذ فيه دية فالدية أو ما أخذ منها يتنزل منزلة عينه، فيكون على الأب للسيد الأقل من قيمته، أو ما أخذ من ديته؛ لأنه إن كانت القيمة أقل فليس للسيد غيرها، كما لو كان حيًّا، وإن كانت الدية أو ما أخذ منها أقل لم يكن على الأب أخذ.

فرع:

ولو استلم الأب الدية، ثم أعدم لم يكن للسيد رجوع على القاتل بشيء؛ لأنه إنما دفعها بحكم، قاله أصبغ وغيره.

وقوله: (لو وجبت فيه الغرة... إلخ)؛ أي: ولو ضرب بطنها، فألقت جنينًا، فوجبت فيه الغرة، فأخذها الأب تنزل الغرة منزلة الدية، وعشر قيمة الأم تنزله منزلة القيمة، فيلزم الأقل منها.

قال في "المدونة[1]": والقيمة يوم ضربت.

ابن وضاح: كان في المختلطة عشر قيمة أمه يوم استحقت، ولم يعجب سحنونًا، وأمرنا أن نكتب يوم ضربت؛ يعني أَنَّ القيمة إِنَّمَا تَجِبُ فيه إِذَا قَتَلَ يوم القتل، فكذلك تقويم الأم؛ لأَنَّهُ بِهِ تُعْرَفُ قيمته.

وقوله: (فإن كان جنينًا فيوم الولادة)؛ أي: فلو وقع التنازع، وهي حامل، فعلى الوالد قيمة أول زمان يمكن التقويم فيه، وهو يوم الوضع، ولو قال: فلو كان حملا فيوم الولادة، كان أبين.

قوله: (في الجميع) في قول أشهب؛ أي: المسائل الثلاثة؛ أعني: مسألة الجنين،

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٣.

ومسألة وُجُوب الغرة، ومسألة قتل الولد.

ولم ير أشهب أنَّ الدية تتنزل منزلة عين الولد، فكان ذلك كما لو اقْتَصَّ الأب من القاتل أو هرب.

أشهب: كَمَا لَو مَاتَ الابن وترك مالا كثيرًا لكان ذلك لأبيه خاصةً.

ابن عبد السلام: وهذا الذي قاله أشهب هُنَا إِنَّمَا يَتَمَشَّى على أن يكون أشهب مُوَافِقًا للجماعة في أنَّ القيمة تلزم يوم الحكم لا يوم الولادة، وأمَّا على مَا حَكَيْنَاهُ عن بعضهم مِنْ أَنَّ أشهب مُوافق للمغيرة، وأنَّ المغيرة لم ينفرد بذلك فالمناقضة فيه ظاهرة، إلا أَنْ يكون ذهب المغيرة أنَّ القيمة تسقط عن الأب بموت الولد، فقد تسقط المعارضة، لكن يخلفها إشكالٌ آخر، وهو ما رد به ابن المواز قول المغيرة فيما تَقَدَّمَ.

(ص): (**وإن كان لأب عديمًا، ففي أخذها من الولد قولان**)

(ش): أخذها من الولد لابن القاسم في "المدونة[1]"، وقال غيره فيها: لا يرجع عليه.

عياض: ويتخرج من قوله أَنَّهُ يرجع على الولد أن الولد يقوم بغير ماله. كما ذهب إليه غير واحد؛ إذ لا يكون في أموالهم قيمتهم بأموالهم.

وقال آخرون: إن تقويمهم بأموالهم. وحكوها رواية ولم يوقف عليها، ولا إشكال أنهما إذا كانا موسرين أنَّ القيمة تُؤخذ من الأب ولا يرجع بها الأب على الولد، وإن كانا عديمين أتبع أولهما يسرًا.

(ص): (**فلو كانت الأمة لجده مثلا فلا قيمة؛ لأنه لو ملكه عُتِقَ، ولا ولاء لأنه حر**)

(ش): فإن كانت الأمة الغارة لم يعتق عليه ولد المغرور، كَمَا لَو كَانَتْ لِجَدِّهِ؛ أي: لِجَدِّ الولد، فلا قِيمَةَ لَلْجَدِّ في الولد؛ لأن الجد لو ملك هذا الولد عتق عليه، ولا ولاء للجد على الولد؛ لأنه حُرٌّ بِالأَصَالَةِ لا بِإِعْتَاقِهِ.

ابن يونس: وقال ابن المواز: يكون ولاؤهم لأبيهم.

وقال المصنف (مثلا)؛ لأن هذا الحكم لا يَخْتَصُّ بالجد، بل يعم كل من يعتق على المالك، كما لو غرت أمة الابن والده؛ لأن ولد الأمة يكون أخًا للمستحق.

فإن قلت: ما فائدة ذكر الولاء هُنَا والجد يرث بالنسب؟

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٣.

قيل: لأنه لَو قيلَ لَهُ لَظَهَرَتْ فائدته في الجد للأم؛ إذ لا يَرِثُ بالنسب، أمَّا لو زوج الأب أمته لابنه لكان ولاء الأولاد الكائنين من الأمة لجدهم؛ لأنَّهُم عليه عُتَقَاء، ألا ترع أنه لو كان الزوج أجنبيًّا لكانوا أَرِقَّاءَ، بخلاف مسألة المصنف.

نص عليه صاحب " النكت " وابن يونس.

وقال ابن محرز في "تبصرته": لا فرق بين المسألتين سواء زوج الأب أمته من ابنه أو غرته ولا ولاء للجد.

(ص): **(وتوقف قيمة ولد المكاتبة، فإن زادت وإلا رجعت إلى الأب)**

(ش): يعني: إذا غرت مكاتبة بالحرية، وعثر على ذلك بعد أن ولدت، فإن الولد يقوم.

ابن المواز: على أنه عبد.

ابن القاسم: فتوضع تلك القيمة على يَدِ رَجُلٍ، فإن أدت كتابتها رجعت تلك القيمة إلى الأب؛ لأنه قد انكشف الأمر أَنَّهَا كانت حين التزويج حرة، وإن عجزت أخذها السيد. وهذا مذهب " المدونة[1]"، وهو المشهور.

اللخمي: ولا معنى لوقف القيمة، بل تدخل القيمة في الكتابة ويتعجلها السيد، فإن وفت عتقت وولدها، وإلا حبست من آخر الكتابة.

يريد: وليس على الأب إلا الأقل من قيمة الولد وبقيت الكتابة. وهكذا نقل ابن يونس عن محمد، ووجهه ظاهر؛ لأن المكاتبة أمة والحرية مشكوك فيها، فيلغى المشكوك.

واختار اللخمي التفرقة، وإن كان الزوج مأمونًا ولا تخاف غيبته أو أتى بحميل، ألا يخرج المال من ذمته لئلا يضيع، فيذهب مجانًا تركت تحت يده، وإلا وقفت.

(ص): **(ويقوم ولد أم الولد على غرره لعتقه بموت سيد أمه، وكذلك لو مات قبل القضاء سقط)**

(ش): يعني: أن أم الولد إذا غرت بالحرية، ولم يعثر على ذلك إلا بعد أن ولدت، فإن الولد يقوم على غرره لو جاز بيعه؛ لاحتمال موته قبل سيد أمه، فيموت رَقِيقًا، واحتمال موت سيد أمه قبله فيكون حُرًّا، هذا هو المشهور.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٤.

وقال ابن الماجشون: يغرم قيمته عبدًا؛ أي لأنَّ السيد يستخدمه كما يستخدم العبيد، وحريته مشكوك فيها.

وعلى القولين فالقيمة يوم الحكم خلافًا للمغيرة.

ولمالك في "ثمانية أبي زيد": إن كان صغيرًا لا خِدْمَةَ فيه فلا شيء على الأب، فإن أطلق الخدمة غرم أجرته كل يوم، وإن مات قبل أن يبلغ ذلك فلا شيء عليه، وإن استحق بعد أن صار رَجُلا كان عليه الأجرة من يوم استحق.

مطرف: وإن مرض لم يكن عليه شيء حتى يصح. فإذا فرعنا على مذهب "المدونة[1]" فقتل هذا الولد قبل الحكم فيه، فهل تجب قيمته لسيد أمه على أنه رقيق؛ لأن الترقب قد فقد؟

عياض: وإليه ذهب معظم الشيوخ.

أو قيمته على ما فيه من الرجاء والخوف؟ وعليه ذهب ابن أبي زيد في "المختصر".

واستشكله أبو عمران وصوبه غيره، وأما لو جرح، فتردد بعض القرويين، هل تكون عليه القيمة على الترقب، ثم جزم بوجوبها على الترقب لبقاء النفس التي تترقب فيها بقاء الحرية.

قوله: (وكذلك لو مَاتَ قبل القضاء سقط)؛ أي: ولأجل اعتبار الترقب في قيمة الولد لو مات السيد قبل القضاء أسقط التقويم.

اللخمي: وتتفق الأقوال إِذَا مَاتَ السيد إلا قول المغيرة أنَّ القيمة يَومَ وُلِدَ، فلا تسقط بموت السيد ولا بموت الولد.

(ص): **(ويقوم ولد المدبرة على غرره لجواز عتقه)**

(ش): أي: إذا غرت.

وقوله: (على غرره)؛ أي: لجواز عتقه بموت السيد إذا حمله الثلث، ولا دَيْنَ على السيد، ولجواز ألا يحمل الثلث الجميع، ولجواز رقه إذا كان على السيد دين أو يموت قبل ذلك، فالرق فيه أشد منه في ولد أم الولد، وهذا مذهب ابن القاسم في "المدونة[2]" والمشهور، وقال ابن المواز: بل يغرم الأب قيمته رقيقًا.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٥.

اللخمي: وهو مثل قول عبد الملك في ولد أم الولد، وذكر المازري في باب الاستحقاق أن المشهور الذي عليه الأكثر من أصحاب مالك خلاف قول ابن القاسم في "المدونة[١]"، وأنه يقوم رقيقًا، ألا ترى أنه لو اشترى المدبر رجلا فعتقه لكان العتق فوتًا، ولا يرجع على البائع بشيءٍ من الثمن على إحدى الروايتين.

عبد الحميد: فإن قتل ولد المدبرة جرى فيه من الخلاف ما جرى في ولد أم الولد.

(ص): (**وإذا ادَّعَى الزوج الغرور، وأنكره السيد ففي تعيين المقبول قولان**)

(**ش**): قال أشهب: القول قول الزوج؛ لأنه ادَّعَى الغالب. ونحوه حكى ابن يونس عن ابن القاسم إذا قال الزوج: ظَنَنْتُ أَنَّهَا حُرَّة.

وقال سحنون: بَلْ القول قول السيد؛ لأن الزوج مُدَّعٍ لِحُرِّيَةِ وَلَدِهِ.

(ص): (**العتق: وإذا عتق جميعها تحت العبد حِيلَ بينهما وخُيِّرَتْ بخلاف الحر**)

(**ش**): هذا راجع إلى قوله: (وللزوجة خاصة الخيار بالعتق).

وقوله: (جميعها) يُرِيدُ إِمَّا في دفعةٍ أو أكثر، فقد نص في "الموازية" و"العتبية " فيما إذا تزوجت وهي معتق بعضها، وأكمل عتقها بعد ذلك على أنَّ لَهَا الخيار، وَمُرَادُهُ بـ (العتق) العتق الناجز، ولأنه لا يجب لَهَا الخيار بالكتابة والتدبير والعتق المؤجل والاستيلاد، هكذا نَصُّوا، ولا يُسْتَبْعَدُ الاستيلاد؛ لأنه نص في "المدونة[٢]" في غير موضع على أن السيد إذا وطئ أمته المتزوجة، وكان الزوج معزولا عنها أنها تكون له أم ولد.

قوله: (حيل بينهما وخيرت) نحوه في "المدونة[٣]" في غير مَا مَوضِعٍ، ودليله ما في "الصحيحين " في حديث بريرة: "أَنَّهَا عُتِقَتْ فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"[٤].

وروى البخاري وغيره أن زوجها كان عبدًا، وورد أنه كان حرًّا، ولكن ضَعَّفَهُ البخاري وغيره، ولهذا لم يقل مالك رحمه الله: لَهَا الخيار إذا كان زوجها حُرًّا. وَعَلَى هَذَا فَيَكُونُ المُوجِبُ لِخِيَارِهَا نقص العبد عنها بالرق، لا مَا قَالَهُ الحنفية مِنْ أَنَّ موجبه جبر الخلل الواقع في النكاح بإجبار السيد أمته على النكاح، حتى أَوْجَبُوا لَهَا الخيار

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٥.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٦.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٦.

(٤) أخرجه البخاري، برقم (٥٢٨٤)، ومسلم، برقم (١٥٠٥) كلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها.

تحت الحُرِّ أَيْضًا.

ويحقق عندك عَدَمْ مُرَاعَاةِ أَصْحَابِنَا مَا قَالُوهُ مِنْ أَنَّ العِلَّةَ فِي الخِيَارِ الجبر ما في "الموازية " إذا طلبت الأمة أن تتزوج هذا العبد، ثم عُتِقَتْ أَنَّ لَهَا الخيار.

(ص): (**وفيها: لو وقفت سنة ولم تمكنه، وقالت لَم أسكت رِضًى صدقت بغير يمين كالتمليك**)

(**ش**): لأنها تقول: سكت لأرى رأيًا، ولو اخترته لمكنته من نفسي.

ابن عبد السلام: ولم يذكر في "المدونة[1]" من أوقفها هذه المرة، فإن من المعلوم أن الحاكم لا يُوقفها هذا القدر، وَلَعَلَّهُ السبب المقتضي لنسبة المصنف لها.

ابن عبد السلام: وحكى بعضهم قولا بسقوط الخيار لِطُولِ المُدَّةِ، وإن أوقفها الزوج بحضرة العتق.

وقال: إِمَّا أَنْ تختاري المقام أو الطلاق.

فقالت له: أنظر وأستشير. فالقول قولها، واستحسن أن تُؤَخَّر ثلاثة أيام.

وقوله: (بغير يمين) هُو مَذْهَبُ " المدونة[2]"، وفي "العتبية": تحلف، وَهُو على الخلاف في أيمان التهم.

(ص): (**فلو عتق قبل أن تختار سقط كما لو عتقا معًا**)

(**ش**): أي: إنما سقط خيارها؛ لأن المُوجِبُ لِخِيَارِهَا رقه، فَإِذَا زَالَتِ العلة زال المعلول، ولا إشكال فيما إذا أُعْتِقَا مَعًا، وَأَمَّا إِذَا أعتق بعدها قبل أن تختار، فَمِنْ الشيوخ من جَرَّدَ لمسألة من الخلاف نصًّا وتخريجًا، ومنهم من أثبته تخريجًا فقط، وهو ابن زرب؛ لأنه عَارَضَهَا بمسألة الحيض الآتية، وَهِي أَنَّهَا إِذَا أخرت للحيض فعتق الزوج، فقال ابن القاسم: هي على خيارها.

وخرج مِنْ كل واحدةٍ رواية في الأخرى، وفرَّقَ بينهما بأنها في الحيض ممنوعة شرعًا، فعذرت إذ لا تفريط منها، بخلاف هذه، ومنهم من أثبته نصًّا، وذكره عن ابن زياد، ونقله ابن عبد البر عن ابن القاسم.

(ص): (**فلو أبانها سقط، بخلاف الرجعي**)

(**ش**): أي: فَلَو أَبَانَهَا قبل أن تختار سقط الخيار لاستحالة وقوع الطلاق منها وهي

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٧.

بائنة، بخلاف الرجعي فإنها زوجة.

اللخمي: ولو قيل إنها تمنع من الطلاق إذا قال الزوج: أنا لا أرتجع، لرأيته حسنًا.

(ص): **(فإن اختارت قبل البناء فلا صداق، ويرده السيد)**

(ش): لأنه فراق قبل الدخول من جهتها.

وقوله: (فلا صداق)؛ يعني: لا يكون لها نصف؛ لأنه قد علم أن المرأة لا تستحق قبل البناء إلا النصف، وقوله: (ويرده السيد) يعني: إن قبضه.

(ص): **(فإن كان عديمًا، فقيل: يسقط خيارها؛ لأن ثبوته يسقطه، وقيل: يثبت وَتُبَاعُ فيه لما أوجبه الحكم. وقيل: يثبت ولا تباع؛ لأنه طارئ بالاختيار بعد العتق)**

(ش): هذا مُفَرَّعٌ عَلَى قوله: (ويرده السيد).

وقوله: (فقيل: يسقط خيارها... إلخ)؛ أي: لأَنَّهُ صار دَينًا على السيد وهو عديم، فيرد عتقه لتقدم الدَّين عليه، فكان ثبوت خيارها يُفضي إلى بطلان عتقها، وإذا بطل عتقها بقيت زوجة.

وهذا القول هو المختار الذي به الحكم، قاله المتيطي وغيره، وعمل بذلك وثيقة.

وتصور القول الثاني من كلامه ظاهر، ورأى في الثالث أن الزوج إنما وجب له الرجوع بالصداق بعد العتق، فصار كَدَيْنٍ طَرَأَ بَعْدَ العتق فَلا يرد له العتق، فالضمير في قوله: (لأنَّه طارئ) عَائِدٌ عَلَى الدَّين المفهوم من السياق، وهو أقيس.

ابن عبد السلام: وهو أشبه بأصل ابن القاسم في "المدونة[1]"، لِمَا فِي العتقِ الأَوَّلِ مِنْهَا: إِذَا بَاعَ عبدك سلعةً بأمرك، ثم أعتقته، ثم استحقت السلعة ولا مال لك، فليس للمبتاع رد العتق؛ لأنه دين لحق السيد بعد إنقاذه.

لكن تأول محمد هذه المسألة على أن الثمن كان بيد السيد حتى أعتق، قال: وأما عن تلف أو أنفقه قبل العتق فليرد العتق؛ لأن السلعة لم تكن له ملكًا.

(ص): **(فإن اختارت بعد البناء فالمسمى ويكون كمالها إلا أن يكون السيد قبضه أو اشترطه)**

(ش): لا إشكال في وجوب المسمى بعد الدخول، ويكون كمالها فيتبعها؛ لأن العبد إذا عتق تبعه ماله، إلا أن يشترط السيد. وجعل المصنف قبض السيد كاشتراطه،

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٨.

ونحوه في "المتيطية" و"الجواهر".

وينبغي أن يقيد بما إذا قبضها على سبيل الانتزاع، وهو الذي يدل عليه لفظ "المدونة[١]"، فإنه قال: إلا أن يكون السيد أخذه قبل العتق أو اشترطه فيكون له.

(ص): **(وإن رضيت وهي مفوضة قبل البناء ففرض لها بعد العتق فلا سبيل للسيد عليه)**

(ش): لأنه قبل الفرض لَمْ يتقرر لها شيء، بدليل أن المفوض لو طلقت قبل البناء لم يكن لها شيء، فصار كمال وهب له بعد العتق.

ابن بشير: وإذا استثنى صداقها قبل البناء، وكان تفويضًا في الروايات لا يصح استثناؤه؛ لأنه لم يجب لها بعد، وقال بعض الأشياخ: يجري على القولين فيمن قال لعبد: أَنْتَ حُرٌّ وعليك ألف.

هل يكون حُرًّا ولا شَيْءَ عليه، أو يتبع بما جعل عليه؟

وأنكر ابن محرز هذا، ورأى أنه لا يختلف في أن الاستثناء لا يصح؛ لأنه اشترط لنفسه ما لا تملكه المرأة هُنَا.

(ص): **(واختيارها طلقة بائنة كالعيب، وروي أن له الرجعة إن عتق في العدة)**

(ش): يعني: أن اختيارها طلقة بائنة، سواء بينت الواحدة أو لم تبين، بل قالت: اخترت نفسي فقط.

وهكذا قال في "المدونة[٢]".

والرواية بأن له الرجعة إذا عتق في "مختصر ما ليس في المختصر"، وقاسه فيه على طلاق المولي والمعسر بالنفقة، والقول الأول هو المشهور.

(ص): **(فإن قضت باثنتين طلاق العبد ففي لزومه وروايتان، ورجع إليه)**

(ش): نحوه في "المدونة[٣]"، ففيها: وللأمة إذا عتقت تحت العبد أن تختار نفيها بالبتات، على حديث بريرة، وكان مالك يقول مدة: لَيْسَ لَهَا أن تختار إلا واحدة بائنة. وهو قول أكثر الرواة.

ابن يونس: ووجه الأول أنها ملكت ما كان ملكه من الفراق، فلها أن تُفَارِقُ بِمَا

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٨.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٩.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢١٩.

شَاءَتْ كَهُو، ووجه الثاني أنَّ الواحدة تُبَيِّنُهَا، فالزيادة على ذلك ضرر. انتهى.

فقوله: كهو. إشارة إلى أنها إنما تؤمر ابتداء على القولين بواحدة، ألا ترى أن الرجل يؤمر ألا يطلق إلا واحدة. وعلى هذا فالخلاف إنما هو في لزوم الزائد على الواحدة بعد الوقوع، كما ذكر المصنف.

وحكي عن مالك وابن القاسم في "المدونة[1]" أن للمعتقة تحت العبد أن تطلق نفسها ثلاثًا، فمن الشيوخ من نسب قائله إلى الوهم؛ لأن الطلاق إنما يعتبر بالرجال، ومنهم من صححه، ووجهه بأن الزوجة لما انتقل إليها الطلاق وهي حُرَّة اعتبرت.

(ص): (**وتؤمر بالتأخير في الحيض**)

(ش): لأن اختيارها طلاق، والطلاق في الحيض منهي عنه.

(ص): (**فإن أخرت فعتق الزوج فيه، فقال ابن القاسم: هي على خيارها وقال اللخمي: الصواب إلا خيار لها**)

(ش): قد تقدم أن ابن زرب عارض بين هذه المسألة وبين ما إذا عتق بعد عتقها، وما يتعلق بذلك. وَمَا صَوَّبَهُ اللخمي ظَاهِرٌ لزوال سبب الخيار، وهو لحاق العار بسبب حريتها ورق زوجها.

فرع:

فإن اختارت في الحيض فلا تجبر على الرجعة على المشهور؛ لأن الطلاق بائن.

ابن رشد: وعلى أنه طلاق رجعي إن أعتق زوجها قبل انقضاء العدة تخير. وتردد اللخمي في هذا؛ لأن الطلاق ليس بيد الزوج، وإنما هو حق عليه، فتشكل صحة رجعته أو جبره عليها.

(ص): (**ويسقط خيارها بقولها وبتمكينها وما في معناه إن كانت عالمة بالعتق والحكم**)

(ش): قوله: (بقولها) بأن تصرح بالمقام مع الزوج أو بتمكينها؛ أي: تمكن من نفسها من الاستمتاع.

وقوله: (وما في معناه)؛ أي: تستمتع بالزوج.

وهذا أقوى في الوكالة من التمكين؛ لأنَّ هَذَا فِعْلٌ وَهَذَا تَرْكٌ.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٠.

وقوله: (إن كانت عَالِمَةً بالعتق والحكم)؛ يعني أنَّ السقوط مَشْرُوطٌ بأن تعلم بأنها عتقت وأن لها الخيار، وهو معنى قوله: (الحكم).

(ص): (والجاهلة بالعتق تُخَيَّرُ اتفاقًا)

(ش): لأنها معذورة.

ابن عبد السلام: وينبغي أن يُعَاقَبُ الزوج إذا علم بالعتق والحكم، كما قالوا: إذا وطئ المملكة والمخيرة وذات الشرط.

(ص): (والجاهلة بالحكم المشهور سقوطه، وقال ابن القصار إنما أسقطه مالك بالمدينة حيث اشتهر ولم يخف على أمة، فأما إذا أمكن جهلها فلا)

(ش): الأقرب أن قول ابن القصار تقييد، وأيضًا فَإِنَّ مَا نسب المصنف لابن القصار وقع نَصًّا لمالك في "المختصر" و"المدونة[1]"، وَإِذَا كُنَّا نُقَيِّدُ قول الإمام بقول غيره، فتقييده بقول: نفسه. أولى، لكن قول المصنف وابن شاش وصاحب " الذخيرة": المشهور سقوط الخيار، يقتضي أن قول ابن القصار خلاف.

فرع:

قال في "الجواهر": وإذا اختلفا في المسيس فإن أنكرت الخلوة، فالقول قولها مع يمينها، وإن اعترفت بالخلوة، فالقول قوله مع يمينه، وإن تصادقا على المسيس والطوع واختلفا هل علمت بالعتق فالقول قولها.

محمد: بغير يمين.

(ص): (وإذا عتقت واختارت وتزوجت وقدم وثبت أنه عتق قبل اختيارها فكزوجة المفقود)

(ش): قد تقدمت هذا المسألة مع نظائرها في مسألة الوليين.

(ص): (وإذا عتقت قبل الدخول ولم تعلم حَتَّى بَنَى بِهَا فلها الأكثر من المُسَمَّى أَو صَداق حرة مثلها)

(ش): لأنه إن كان المسمى أكثر فقد رضي الزوج به على تقدير أن يكون أمة، ولا يقال إن الزوج إنما رضي به على تقدير أمة، ولا يقال إن الزوج إنما رضي به دوام العصمة؛ لأن الصداق إنما يُقَابِلُ الوطأة الأولى، وإن كان صداق مثلها أكثر وجب دفعه

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٠.

لها؛ لأنه قيمة بعضها.

(ص): **(وإذا تنازع الزوجان في الزوجية فلا يمين على المنكر إذ لا يُقْضَى بنكوله)**

(**ش**): يعني: إذا ادَّعَى رجل نكاح امرأة، فأنكرته أو بالعكس، فلا يمين على المنكر.

قال المصنف: (إِذْ لا يقضي بنكوله)؛ أي: لانتفاء ثمرة اليمين وهي انقلابها عَلَى المُدَّعِي، فَيُقْضَى لَهُ بيمينه مع نكولِ المُدَّعَى عليه، وَهُو مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ: (إذ لا يقضى بنكوله)، وليس مراده أنه يقضى على المدعى عليه بنكوله دون يمين المدعي؛ لأن النكول لا يقضى به في المال، فما بالك بغيره.

ابن عبد السلام: قال جماعة: وهذا إنما هو في غير الطارئين، وأما الطارئان، فتتوجه اليمين على المنكر؛ لأنهما لو تصادقا على النكاح لنفذ قولهما.

وفيه نظر؛ لأن مراد أصحابنا من تصديق الطارئين على النكاح إنما هو إذا قدما مصطحبين اصطحاب الزوجين؛ لأنا لو كلفناهما البينة على النكاح لشق ذلك عليهما، ولأَنَّا لو مَنَعْنَاهُ مِنْهَا بأَنْ منعناها أيضًا هي من غيره، كان ذلك من أشد الحرج، وإن لم نمنعها كان ذلك أقوى ريبة؛ لأن فيه ترك الظاهر الراجح واستعمال المرجوح.

واختلف في غير الطارئين إذا أقر الزوج والولي بالنكاح، وأنكرت المرأة هل يحلف أم لا؟ على ثلاثة أقوال، يفصل في الثالث بين أن يكون، ثم منع وعلامة أم لا؟

فروع:

الأول: إن أتى المدعي منهما ببينة بسماع فاش من العدول وغيرهم بصحة النكاح واشتهاره بالرق، فقال المتيطي: المشهور المعمول به أنه يثبت النكاح. وقال أبو عمر: إنما تجوز شهادة السماع حيث يتفق الزوجان على الزوجية.

الثاني: قال أبو عمران: الذي يَدَّعِي نكاح امرأة ولا بينة له لا يمكن من نكاح خامسة، إلا أن يطلقها؛ لأَنَّه زعم أنها في عصمته، وقد ظلمته في إنكارها النكاح.

ابن راشد: ويلزم على قوله ألا تمكن المرأة من النكاح إذا ادَّعَتْهُ وأنكرها؛ لأنها معترفة أنها ذات زوج.

الثالث: إذا ادعى رجل نكاح ذات زوج، وقال: تزوجتها قبل ذلك. لم يسمع قوله، فإن أتى بشاهدٍ واحد أمر الزوج باعتزالها حتى يأتي بشاهدٍ آخر إن ادَّعَى أمدًا قريبًا، فإن لم يأت بشاهدٍ لَم يلزم واحد من الزوجين يمين.

(ص): (فإن أتى بشاهد فقولان، ولا يُقْضَى بنكوله لكن إن نكل الزوج غرم الصداق)

(ش): أي: فإن (أتى) المدعي للنكاح (بشاهد فقولان):

أحدهما: أن اليمين لا تتوجه، وهو قول مالك في "المدونة[١]" في آخر كتاب الأيمان بالطلاق، لانتفاء ثمرتها كما تقدم.

المتيطي: وهو قول مالك وجميع أصحابه.

والقول الثاني لابن القاسم في "الموازية": يحلف المنكر، ثم إن نكلت المرأة لم يثبت النكاح ولا تحبس، وإن نكل الزوج غرم الصداق.

واستشكل هذا القول؛ لأنه إذا وَجَبَ اليمين لأجل المال، فينبغي أن تحلف مع شاهدها أولا.

والضمير في (نكوله) يعود على المدعى عليه منهما، ومعنى قوله: (ولا يُقْضَى)؛ أي: بالنكاح.

(ص): (قال ابن القاسم فيمن ادَّعى الزوجية لا تُؤمر المرأة بانتظاره إلا أن يَدَّعِي بينة قريبة فإن أعجزه لم تسمع بعده نكحت أو لا ومضى الحكم)

(ش): يعني: إذا ادَّعَى رَجُلٌ نِكَاحَ امرأة، فلا يلتفت إلى دعواه ولا تؤمر المرأة بانتظاره، وكذلك إذا ادَّعَى بينة بعيدة، وإن كانت قريبة لا يضر بالمرأة انتظارها.

ورأى الإمام لذلك وجهًا، أمرت بالانتظار.

قوله: (فإن أعجزه) ثم جاء بِبَيِّنَةٍ، فَقَدْ مَضَى الحُكْمُ، نكحت أو لم تنكح، وهكذا روى أصبغ عن ابن القاسم في "العتبية"، وأسقط المصنف من الرواية كون القريبة لا يضر بالمرأة انتظارها، وكون الإمام يرى لذلك وجهًا، وكأنه رأى أن القريبة لا تضر بالمرأة.

قال في "البيان": وقوله إنه لا تُقبل منه بينة إن أتى بها بعد التعجيز خلاف مَا في سَمَاع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات، وخلاف ظاهر " المدونة[٢]" إذا لم يفرق بين تعجيز الطالب والمطلوب.

وقال ابن القاضي: يقبل منه ما أتى به بعد التعجيز، كان طالبًا أو مطلوبًا، وفرق ابن

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢١.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢١.

الماجشون في الطالب بين أن يعجز في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل، وبين أن يعجز بعد أن وجب على المطلوب عمل، ثم رجع عليه، ففي تعجيز المطلوب قولان، وفي تعجيز الطالب أقوال، قيل: وهذا في القاضي الحاكم دُونَ مَنْ بعده من الحكام.

وقيل: بل ذلك فيه وفي من بعده من الحكم، وهذا الاختلاف إِنَّمَا هُو إذا عجزه بِإِقْرَارِهِ على نفسه بالعجز، وأما إذا عجزه السلطان بعد التلوم والأعذار، وهو يدعي أن له حجة، فَلا يُقْبَلُ منه مَا أَتَى بِهِ بعد ذلك من حجة؛ لأن ذلك قَدْ رُدَّ من قوله: قبل نفوذ الحكم عليه، فلا يسمع منه بعد نفوذه عليه. انتهى.

فرع:

ثم حيث أمرت بالانتظار، فطلبها الزوج بحميل بوجهها ليقيم البينة على عينها، ففي "وثائق " ابن الهندي وابن العطار وغيرهما: يلزمها ذلك.

وفي "أحكام " ابن العطار لابن لبابة وغيره من الشيوخ: أنه لا حمالة في ذلك.

المتيطي: والذي جرى به العمل عند شيوخنا وانعقدت الأحكام عليه أن تجعل عند امرأة صالحة تتحفظ عليها، أو تجعل المرأة عندها، وإلا فتسجن في الحبس حتى يحق الحق، وعمل وثيقة على هذا القول.

فرع:

الأول إِذَا أَقَامَتْ المرأة على الزوج المنكر شاهدين، ولم يأتِ بمدفع لزمه النكاح والدخول والنفقة، ولا ينحل عنه إلا بطلاق، فإن طلق قبل البناء لزمه نصف الصداق، فَإِنْ أَبَى من الدخول أو الطلاق، فقال ابن الهندي: كان بعض من أخذتُ عنه العلم أنَّ السلطان يطلق عليه بعد أربعة أشهر من وقت إبايته، ويكون بمنزلة الولي؛ لأنه مضار.

خليل: وفيه نظر؛ لأن مشهور المذهب فيمن ترك وطء زوجته بغير يمين أنه يطلق عليه بغير أجل.

المتيطي: ولم يجعل ابن الهندي وابن العطار وغيرهما من الموثقين إنكار الزوج للنكاح طلاقًا، وهو أصلٌ مُخْتَلَفٌ فيه، فقد وقع لأصبغ في "الواضحة " إذا قال الزوج أنكحتني فلانة، وقال الأب بل فلانة، فإن النكاح يفسخ، ولا أيمان بينهما.

قال: وإن رجع أحدهما إلى تصديق صاحبه لم يقبل منه، ولزم الزوج أن يغرم نصف صداق كل واحدةٍ، الأولى بإقراره والثانية بِرُجُوعِهِ إليها، فجعل الإنكار طَلاقًا.

وكذلك اختلف في مسألة الابن الَّذي زوجه أبوه وهو ساكت، هل يكون نكوله طلاقًا أم لا؟

وفي مسائل ابن زرب في وصي أنكح يتيمته من رجل، ثم إن الزوج أنكر ذلك، فقال له القاضي: طلقها.

فقال: وكيف أطلق من لم أنكح؟

فقال: ولعلك فعلت، فطلاقها خَيْرٌ لَكَ وَلَهَا.

فلم ير الإنكار طلاقًا، وقال ابن القاسم فيمن قال في جارية بيده: اشتريتها؛ وقال سيدها: بل زوجتكها -: إنهما يتفاسخان بعد تحالفهما ولا تكون زوجة ولا أم ولد، وترجع الأمة إلى سيدها؛ لأن المشتري أَقَرَّ أَنَّهَا لَيَسَتْ بِزَوْجَةٍ، فَهُو كالمطلق، وادَّعَى أنها أمة، فلا يصدق.

ابن زرب: وقوله: كالمطلق، لَيْسَ هُو عَلَى أَصْلِهِ، وليس إنكاره لها طلاقًا. انتهى كلام المتيطي.

الفرع الثاني: لو ادَّعَى رَجُلان نكاح امرأة وأنكرتهما أو أقرت بهما أو بأحدهما، فأقام كل منهما البينة على ذلك، ولم يعلم الأول منهما يفسخ النكاحان بطلاق، ولا يقضى بالأعدل خلافًا لسحنون، ولا عبرة بتصديق المرأة خلافًا لمحمد، وهذه المسألة كمسألة إذا زوجها الوليان ولم يعلم السابق منهما، وقد تقدمت.

الفرع الثالث: قال في "الجواهر": ولو أقام رجل بينة أن هذه زوجته فأنكرت وأقامت هي بينة أن فلانًا زوجها، فأنكرها ولم يوقتا تاريخًا، فقال أشهب: لا أنظر إلى التكافؤ في العدالة وأفسخ النكاحين.

وقال أصبغ: ما لم يدخل أحدهما، فإن دخل قبل الفسخ كانت زوجته، وقيل للآخر أقم البينة أنك الأول.

أشهب: وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ تزوَّجَ فلانة وهي تُنْكِرُهُ، وأقامت أختها البينة أن هذا الزوج تزوجها وهو منكر، ولم يوقتوا فإن النكاحين يفسخان ولا ينظر إلى التكافؤ، قال: وكذلك لو شهدت كل بينة قبل البناء لفسخا، ولهما الصداق.

محمد: وهذا لإنكاره نكاح الأخرى، ولو كان مقرًا ويدعي أنها الأخيرة لقبل قوله؛ لأن البينة لا تكذبه، ولا ينفع التي تزعم أنها الأولى جحوده؛ لأن البينة أثبتت نكاحها.

قال وهذا تقويه المسألة الأولى حِيْنَ ذَكَرَ عَنْهُ أَنَّهُ جعل الإقرار كالإنكار.

(ص): (وإذا أقامت شاهدًا بالنكاح على ميت، فقال ابن القاسم تحلف معه وترث قال أشهب لا ترث وتوقف أصبغ)

(ش): يعني: (إذا أقامت شاهدًا) على النكاح لرجل ميت (فقال ابن القاسم: تحلف معه وترث) لأنه بعد الموت لا يكون لها إلا المال.

ورأى أشهب أن الميراث يتوقف على ثبوت الزوجية، والزوجية لا تثبت بالشاهد واليمين، وقاله ابن القاسم أيضًا، وهو أَقْيَسُ بناءً على أنَّ الدعوى إذا لم تكن مالا وتئول إليه، هل يقبل فيه الشاهد الواحد أم لا؟

والأكثر أن التوقف لا يُعَدُّ قولا، وهو الصحيح؛ لأن التوقف يستلزم عدم الحكم.

وعلى قول ابن القاسم الأول فإنها تحلف مع شاهدها وترث إذا لم يكن وارث معين ثابت النسب، وأما إن كان فلا، حكاه صاحب " المغمز".

ولا يقال: يلزمه عليه أن يكون الحكم كذلك في الحياة؛ لأنه في الحياة تترتب عليها أحكام أخر غير المال، كلحوق النسب وغيره، فإن أثبتا النكاح فبشاهدٍ ويمين، فَإِمَّا أن يثبت كل تلك الأحكام وهو بَاطِلٌ بِالاتِّفَاقِ، أو يثبت الأحكام المالية خاصة مع ثبوت الزوجية وهو تناقض، والله أعلم.

(ص): (وترث بإقرار الزوج الطارئ، وفي غير الطارئ قولان، إلا أن يكون معها ولدٌ يقر به فترث حينئذٍ معه)

(ش): لأن الطارئ بعده على الزوجية التي ادَّعَاها ومكنه منها.

ابن عبد السلام: وهكذا ينبغي إذا أَقَرَّتْ هِي، وَلَمْ يُعْلَم منه إنكار أن يرثها. وأما غير الطارئ فلعل منشأ الخلاف فيه، هل بيت المال وارث فلا ينفع إقراره، أو حائز للأموال الضائعة فيقبل؟ وعلته أنه أوصى به، والجاري على مشهور المذهب عدم القبول؛ لأن المشهور أن بيت المال وارث، وبعدم القبول قال سحنون، ولو في الصحة.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب. زاد المتيطي: ابن راشد.

ويفسخ قبل البناء وبعده إلا أن يطول بعد البناء جدًّا. وظاهر نقله اللخمي عن محمد أنه يقبل دعوى التزويج في غير الطارئين.

وقوله: (إلا أن يكون معها ولد)؛ أي: أن الخلاف حيث لا يكون ولد معها، فإن كان معها ولد فترثه؛ أي المقر معه؛ أي مع الولد؛ لأنه لما كان الشرع متشوفًا إلى لحوق النسب جعلوا استلحاقه قَاطِعًا للتهمة.

(ص): **(وفي الإقرار بوارث غير الزوج والولد قولان)**

(ش): يعني: إذا أَقَرَّ رجل أو امرأة بأخ أو ابن عم ونحوه.

وقيد ابن راشد هذا الخلاف بما إذا لم يعلم أنه وارث، وقال: إن القبول يجري على أصل ابن القاسم؛ لأنه أَقَرَّ بمال، لكن لا يثبت بذلك نسبه. وعلى أصل أشهب لا يرث؛ لأن الإرث فرع ثبوت النسب.

(ص): **(وإقرار أبوي غير البالغين في النكاح مقبولٌ عليهما)**

(ش): أي: أبو الصبي وأبو الصبية، وقبول قولهما ظاهر؛ لأن كل واحدٍ من الأبوين قادر على إنشاء ما أقر به فلا يتهمان.

فرع:

قال في "الجواهر": ومن احتضر فقال: لي امرأة بمكة، وسَمَّاهَا ثم مات، فطلبت ميراثها منه فذلك لها، ولو قالت هي ذلك ورثها.

ابن راشد: وعلى مَا حَكَاهُ في المغمز إن كان في عصمته امرأة غيرها لم ترثه؛ لأن هذه حازت الميراث.

(ص): **(وإذا قال: قد تزوجتك. فأنكرت، ثم قالت: نعم. فأنكر، فليس بإقرار)**

(ش): لأنه إقرار لغة وَعُرفًا، ولا بُدَّ هُنَا من إجازة الولي والإشهاد عليه لتصحيح ميراث النكاح.

(ص): **(ولو قال: قد تزوجتك. فأنكرت، ثم قالت: نعم. فأنكر، فليس بإقرار)**

(ش): لأنها لما أنكرت أولا لم يصح إقرار، ثم قولها بعد: نعم. كابتداء دعوى منها عليه بالزوجية، وأنكر هو ذلك فلم يتفقا في زمان.

(ص): **(ولو قالت: طلقتني، أو خالعتني، أو طلقني، أو خالعني فإقرار)**

(ش): أي: قالت: طلقني أو خالعني في جواب قولها قد تزوجتك فإقرار؛ لأن المرأة لا تطلب ذلك إلا من زوجها.

(ص): **(ولو قال اختلعت مني فإقرار)**

(ش): أي: في جواب قولها: قد تزوجتني.

(ص): **(ولو قال أنت حرام أو بائنة أو بتة فليس بإقرار إلا جواب طلقني. ولو قال: أنا منك مظاهر، فإقرار بخلاف أنت علي كظهر أمي)**

(ش): هكذا قال ابن سحنون: إنه إن قال لها أنت حرامٌ أو بَائِنٌ أو بتة، فَلَيْسَ بإقرارٍ

بالنكاح؛ لأنَّ الأجنبية عليه حرام، إلا أَنْ تسأله الطلاق، فيجيبها بهذا، فَهُو إقرارٌ بالنكاح في إجماعنا، قال: وكذلك قوله لها أَنَا مِنْكِ مُظَاهِر، بخلاف قوله: أنت طالق، أو أنت علي كظهر أمي؛ لأن مظاهر اسم فاعل، ولا يصدق ذلك إلا في زوجته بخلاف أنت على كظهر أمي، فإن ذلك يصدق على الأجنبية، واعلم أنَّ ما ذكره المصنف هُنَا من الإقرار إنما يفيد في الطارئين.

وكذلك ذكر ابن عبد الحكم لما تكلم على بعض الفروع التي ذكرها المصنف، وَأَمَّا غيرهما فلا؛ لأنه قد تقدم أنهما لو تصادقا على الزوجية لم يقبل على الظاهر.

(ص): **(الصداق وأقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو قيمتها ولو كان عبدًا لأمته)**

(ش): لما قدم المصنف أن أركان النكاح خمسة، وتكلم على أربعة منها تكلم على الخامس وهو الصداق. ويقال بفتح الصاد وكسرها، والفتح أفضل، ويقال: صدقة.

الجوهري: ومنه قوله تعلى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، والصدقة مثله بالضم وتسكين الدال.

عياض: ويقال له: فريضة ونحلة وأجر، قال الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وقال: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، وقال: ﴿اللاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، وَيُسَمَّى أَيْضًا عقرًا وعلاقة ومهرًا، ولا يقال: عَدُّهُ رُكنًا لا يصح لصحة نكاح التفويض مع عدم الصداق، ألا تَرَى أَنَّهُ لَو مَاتَ أَو طَلَّقَ قبل البناء لم يكن عليه شيء، وهو يَدُلُّ على صِحَّةِ النكاح بِدُونِ الصداق؛ لأَنَّا نقول ما ذكرته من عدم الصداق غير صحيح بدليل أنَّه لَو صَرَّحَ بِإِسْقَاطِهِ فَسَدَ، وعلى هذا فالصداقُ موجود وإنما المعدوم تسميته، وما استدللت به على العدم من سقوطه بالموت أو الطلاق ليس بجيد؛ لأن عقد النكاح أحد عقود الشروع، ونكاح التفويض أحد تحكمات الشرع وتحكماته مألوفة.

ونقل عن غير واحد الإجماع على أنه لا حد لأكثره.

ابن الهندي وغيره: وتكره المغالاة فيه، ولا شك أن التغالي أمر نسبي، فرب صداق هو كثير في حق امرأة دون أخرى أو رجل دون آخر، وأما أقله فالمشهور أنه ربع دينار أو ثلاثة دراهم.

المتيطي وغيره: ويشترط فيها أن تكون خالصة، وأشار ابن عبد السلام إلى أنه يمكن تخريج الخلاف في اشتراط الخلوص من الزكاة.

وقوله: (أو قيمتهما)؛ أي: أو ما يقوم بهما. وهذا قول مالك.

اللخمي وغيره: قال مالك: أقل الصداق ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يساوي أحدهما. وقال ابن شعبان: ما يساوي ثلاثة دراهم.

اللخمي: وهو مُوَافِقٌ لقول ابن القاسم في السرقة أنها إنما تُقوَّم بالدراهم.

ووقع في بعض نسخ ابن الحاجب: أو قيمتها، فيكون عائدًا على الفضة، والنسخة الأولى أصوب لموافقتها النقل كما ذكرنا. وذهب ابن وهب إلى أنه لا حَدَّ لأقل الصداق وأنه يجوز النكاح بالقليل والكثير، ونص على جوازه بنصف درهم، واستحب كونه ربع دينار وهو مذهب الشافعي وجمهور أهل العلم، ووجه أصحابنا المشهور بالقياس على السرقة والجامع بينهما استحلال العضو المحترم، ولهذا قال الدراوُردي لمالك: تعرَّقت فيها يا أبا عبد الله. أي: ذهبت مذهب أهل العراق في الأخذ بالقياس.

(ولو كان عبدًا لأمته)؛ يعني: فلا بُدَّ من هذا القدر لِحَقِّ اللهِ تَعَالَى.

ونَبَّهَ على هذه الصورة؛ لأنه قد يتوهم خروجها من حيث إن صداق الأمة إن كان مالا لسيدها جاز له تركه، وإن كان لها فله انتزاعه.

(ص): (فإن نقص ولم يَدْخُلْ أَتَمَّهُ وإلا فُسِخَ وإذا دَخَلَ أَتَمَّهُ جَبْرًا، وقيل: كالصداق الفاسد)

(ش): يعني: فلو نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم، فإن لم يدخل الزوج فالمشهور - وهو مذهب " المدونة[(١)] " - ما ذكره المصنف يخير الزوج بين أن يتمه أو يفسخ.

وقيل: لا بد من فسخه، وأما إن دخل فالمشهور أنه يتم لها ربع دينار ولا يفسخ.

قال في "المدونة[(٢)]": للاختلاف فيه.

قوله: (وقيل: كالصداق الفاسد) ظاهره أنه يثبت بع البناء بصداق المثل، ويحتمل أيضًا أنه يفسخ بعده؛ لأن الفسخ بعد البناء أحد الأقوال في الصداق الفاسد، وهذان الاحتمالان قد تُؤُولا على قول غير ابن القاسم في "المدونة[(٣)]" في هذه المسألة.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٢.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٣.

المتيطي وغيره: وغير ابن القاسم الذي أشار إليه في "المدونة[١]" هو ابن الماجشون.

(ص): **(أما لو طلق قبل البناء فلها نصف المسمى على الأصح)**

(ش): أي: في هذا النكاح الذي انقد بأقل من ربع دينار اختيارًا، والأصح مذهب "المدونة[٢]"، وعلى قول ابن القاسم في المسألة السابقة لا يكون لها شيء. وكذلك اختلف إذا لم يَرْضَ بالإتمام، فقال ابن القاسم: يكون فراقًا بطلقةٍ بَائِنَةٍ وَلَهَا نصف الدرهمين؛ لأنه صَدَاقٌ مُخْتلفٌ فيه.

وقال ابن حبيب: لا شيء لها. واختاره ابن الكاتب واللخمي وغيرهما، قالوا: لأنَّ الفسخ إِنَّمَا جَاءَ من قِبَلِ أَنَّهُ غَيْرُ صداق، فكيف تعطى نصف ما وقع الفسخ لأجله.

(ص): **(وشرطه: أن يكون مُتَمَوَّلا)**

(ش): أي: مال يصح تملكه، ولهذا قال ابن القاسم فيمن تزوج امرأةً بقصاصٍ وَجَبَ لَهُ عَلَيْهَا: إن النكاح يفسخ قبل البناء ويثبت بعده كسائر الأنكحة الفاسدة لصداقها، لكن اتفق المذهب على أنه يجوز النكاح إذا قالت المرأة: أتزوجك على أن تهب عبدك لفلان أو تتصدق به عليه. وحكى في "البيان " فيمَا إذا تزوجها على أن يعتق أباها عنها أو عن نفسه ثلاثة أقوال: أجازه مالك فيهما، ومنعه ابن الماجشون، وقال ابن القاسم: إن كان على أن يعتقه عنها جاز النكاح، وإن كان على أن يعتقه لم يجز.

ورجع قول مالك بالاتفاق على الفرع الأول، وقول مالك في الثاني قد ينقض قول المصنف: (أن يكون مُتموَّلا)؛ لأنه إذا وهب عبده لفلان أو عتق عبده عن نفسه لم يحصل لها مال، وقد يقال: لا نسلم خلو النكاح هنا عن المال؛ لأنها لما دخلت على عتق العبد عنه أو هبته للغير فكأنها ملكته ثم أعتقته عن الزوج أو وهبته للغير، وفيه نظر.

(ص): **(وحكمه حكم المبيع في ما تقدم)**

(ش): أي: يُشترط أن يكون طاهرًا مُنْتَفَعًا بِهِ، مقدورًا على تسليمه، معلومًا.

وقوله: (فيما تَقَدَّمَ)؛ أي: في الذي يقوم بربع دينار أو ثلاثة دراهم، وشبه المصنف بـ (المبيع) وإن لم ذكره؛ لأنه قد يفعل مثل ذلك كما قال في الشركة: (العاقدان كالوكيل

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٣.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٤.

والموكل). ولأجل أنه كالبيع قال ابن القاسم في "المدونة[١]" في من تزوج امرأةً أو اشترى سلعةً بدراهم بعضها غائبة: لا خير في ذلك، إلا أن يشترط أن عليه بدلها إن تلفت ولو حضرت الدراهم ونقدها إِيَّاها جاز النكاح والبيع.

(ص): **(فيجوز على عبد تختاره لا يختاره هو كالبيع)**

(ش): لأنها إذا كانت هي المختاره، فقد دخل على أنها تأخذ الأحسن، فلا غرر بخلاف ما إذا كان الزوج هو المختار.

وقوله: (كالبيع) تشبيه لإفادة الحكم، لكن المصنف لم يذكر هذه المسألة في البيع.

وهذا كقوله: (ويسر كالمأموم والمنفرد)، وما ذكره المصنف من المنع إذا كان الخيار للزوج والبائع هو المشهور.

وقال سحنون: يجوز ذلك فيهما.

وقوله في النكاح أظهر؛ لأنه مبني على المكارمة بدليل أنهم أجازوا فيه الغرر اليسير كما سيأتي.

(ص): **(ولا يجوز بخمر، ولا خنزير، ولا مجهول، ولا غرر كآبق وشارد وجنين وثمرةٍ لم يَبْدُ صَلاحَهَا وَدَارِ فُلان أو على أن يشتريها)**

(ش): هذا كالبيان لما خرج من قوله: (حكم المبيع).

وقوله: (بخمرٍ أو خِنزيرٍ) أي: سواء كانت الزوجة مُسْلِمَةً أو ذِمِّيَّةً.

واختلف إذا استهلكت الذمية الخمر، فقال ابن القاسم: لها صداق المثل ولا تتبع بشيء؛ وقال أشهب: تعطى ما يستحل به الفرج وهو ربع دينار.

اللخمي: وهو أحسن؛ لأن حقها في الصداق سقط بقبضها الخمر، وإنما بقي الحق لله تعالى.

وقوله: (وثمرة لم يبد صلاحها) يريد: على التبقية، وأما على القطع فهو جائز كالبيع.

محمد: وَإِنْ غَفَلَ حَتَّى بَدَا صلاحها لم يفسخ؛ لأنَّه كان جَائِزًا أَوَّلا، ولا يُتَمِّمَانِ عَلَى ذلك ويكون لهما قيمة ذلك يوم عقد النكاح، وترد الثمرة التي طابت للزوج.

وقوله: (ودار فلان، أو على أن يشتريها) نحوه في "المدونة[٢]"، وزعم ابن

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٥.

عبد السلام أنه من الترادف، وكان شيخنا رحمه الله يُفَرِّقُ بينهما، فيقول: قوله (عَلَى دَارِ فُلان)؛ أي يشتري رقبتها ليجعلها صداقًا لَهَا.

وقوله: (أو على أن يشتريها) للمرأة من مالها ويجعل مهرها سمسرته فيها، وبذلك فَسَّرَ أَبُو الحسن الصغير " المدونة[1]"، وَإِنَّمَا لم يجز ذلك للغرر أن لا يصلح هل يحصل ذلك أم لا؟ وهذا هو المشهور، وروى أبو عبيد عن مالك أن النكاح على عبد فلان جائز.

(ص): **(إلا أن يخف مثل: شَورَةِ البيت، أو عَدَدٍ مِنَ الإبل والغنم في الذمة، أو صداق مثلها فيكون الوسط من شورة مثلها، ومنها ومن صداق مثلها حالا)**

(ش): أي: إلا أن يخف القدر، فيجوز ذلك في النكاح كالصور التي ذكرها، وإن كانت لا تجوز في البيوع، وَعَلَى هذا، فَيُقَال: كُلُّ ما صح أن يكون ثمنًا أو مثمونًا في البيع صَحَّ أن يكون صداقًا.

وقد يجوز الصداق بما لا يجوز في البيع، وهو جوازه على الوصف كشورة البيت أو عدد من الإبل أو الغنم أو صداق المثل، ويكون الوسط من جميع ذلك، وإليه أشار بقوله: (من شورة مثلها) فإن كانت حضرية فلها الوسط من شورة مثلها في الحاضرة، وإن كانت بدوية فالوسط من أهل البادية.

عياض: والشورة والشوار بفتح الشين: المتاع وما يحتاج إليه البيت، والشورة بالضم: الجمال.

وقوله: (ومنها) راجع إلى قوله: (أو عدد من الإبل والغنم)؛ أي: ويكون لها الوسط من الإبل والغنم، قال في "التهذيب": وعليه الوسط من الأسنان.

وفي "المدونة[2]": الأهلية وعليه الوسط من ذلك، فقيل: معناه وسط ما يتناكح به الناس، ولا ينظر إلى كسب البلد، وقيل: وسط من الأسنان من كسب البلد.

واختلف هل يشترط في جواز النكاح بالرقيق ذكر الجنس وهو قول سحنون، أو لا يشترط، وهو قول محمد؟

قال: ولها الوسط من الأغلب في البلد من الحمر أو السودان، فإن استووا نظر وسط السودان ووسط الحمران، فأعطيت نصف ذلك.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٥.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٦.

ابن يونس: يُرِيدُ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ نِصْفَهُ.

ابن القاسم: وتكون القيمة يوم عقد النكاح.

فرع:

قال في "العتبية": وتُعْطَى الإناث دُونَ الذكور، وذلك شأن الناس.

يُرِيدُ: إذا لم يسمِّ ذُكْرَانًا ولا إِنَاثًا.

وقوله: (وَمِنْ صَدَاقِ مِثْلِهَا) راجعٌ إلى قوله: (أو صداق مثلها)؛ أي: يكون عليه الوسط من صداق مثلها إذا تزوجها على صداق المثل.

فائدة:

قد علمت أن النكاح يجوز فيه من الغرر ما لا يجوز في البيع، والرهن أوسع من النكاح، فإنه يجوز رهن الآبق ونحوه إلا الجنين، فلا يجوز عنه على المشهور، والهبة والخلع أوسع من الرهن لجواز الجنين وغيره فيهما، والله أعلم.

وقوله: (حالا) رَاجِعٌ إلى الجميع؛ لأن الأصل في الصداق الحلول.

فرعان:

الأول: لَو تَزَوَّجَ عَلَى عَبْدٍ غير موصوفٍ مثلا، فَطَلَّقَهَا قبل البناء، فقال ابن المواز: على الزوج نصف قيمة عبد يوم زوجت.

وقيل: يحضر الزوج عبدًا وسطًا ويكون شركًا بينهما.

الثاني: قال صاحب " تهذيب الطالب " وابن يونس وغيرهما: ذكر عن أبي عمران فيمن تزوج امرأة ببيت على أن يبنيه للمرأة: فإن كانت بقعةً بعينها في ملكه ووصف الطول والعرض والبناء، فذلك جائزٌ، وإن كان البيت الذي يبنيه مضمونًا عليه، فَقَدْ أَفْتَى أبو محمد وغيره بعدم الجواز، قال: كما لو أسلم في بيت.

ابن يونس: لأن ذلك يَرْجِعُ إِلَى السَّلَمِ في الشَّيءِ المعين؛ لأنه يصف البناء والموضع، فَيُؤَدِّي ذَلِكَ إلى تعيينها وهو ظاهر " الواضحة"، وفي "الموازية " مَا يَدُلُّ عَلَى خِلافِهِ، قيل: والجواز ظاهر " المدونة[1] "، خلاف مَا أَفْتَى به ابن أبي زيد من قوله: (وإن كان على بيت) وعطف عليه (شورة البيت).

(ص): (فإن استحق فمثله)

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٦.

(ش): أي استحق الصداق في هذه الأمثلة الثلاثة، فيجب على الزوج مثله؛ لأنه مضمون في الذمة.

(ص): (**وقال ابن عبد الحكم: لا يَجُوزُ إلا عَلَى مُقَدَّرٍ معلومٍ**)

(ش): أي: كالبيع، فلا يجوز عند الأمثلة الثلاثة وشبهها.

(ص): (**أما لو كان بعينه غائبًا فلا بُدَّ من وصفه**)

(ش): يعني: أَنَّ مَا قَدَّمَهُ مِنَ الجَوَازِ في العبد غير الموصوف على المشهور إنما هو إذا كان في الذمة، وأما إن كان مُعَيَّنًا غائبًا، فلا بُدَّ مِنْ وصفه لقوة الغَرَرِ حِينئذٍ.

(ص): (**وأما البعيد جِدًّا كخراسان من الأندلس ممتنع بخلاف المدينة من مصر**)

(ش): لما كان قوله: (أَمَّا لَو كَانَ بعينه غَائِبًا، فلا بُدَّ مِنْ وصفه) يُوهم الجواز في الغائب مُطْلَقًا، بين أن ذلك إنما هو في القريب، وأما البعيد جدًّا فلا يجوز، وما ذكره هو قول ابن القاسم في "الموازية " ففيها قال ابن القاسم: وَأَمَّا إن تباعدت الغيبة كخراسان من الأندلس لم يَجُز، وأمَّا مثل المدينة من مصر، فجائز.

محمد: وسواء في ذلك العبد أو الدار، وعن ابن القاسم أنه قال: يجوز في مسيرة الشهر، والضمان من الزوج حتى تقبضه المرأة.

ابن حبيب: والشهر قريب، ومثل إفريقية من المدينة بعيد، ويفسخ كان معه غيره أو لم يكن.

وقال أصبغ: ما بين إفريقية والمدينة قريب، وحكى ابن مزين أنَّ مَا بين إفريقية ومصر قريب.

(ص): (**وفي دخوله قبل قبضه ثالثها: يجوز ما لم يشترطه كالبيع**)

(ش): يعني: وإن أجزنا النكاح لقرب الغيبة، فهل يجوز الدخول قبل القبض؟ ثلاثة أقوال وهي مخصوصة بما إذا كانت الغيبة متوسطة، أما القريبة جِدًّا فَيجوز فيها اشتراط الدخول.

ابن بشير: والمشهور عدم صحة اشتراط الدخول في المتوسطة.

وقيل: تصح لأن النكاح مبني على المكارمة، والقول بجواز الدخول مُطْلَقًا قبل القبض لابن حبيب، واستحب أن يقدم ربع دينار، والقول بالمنع مطلقًا حَكَاهُ في "تهذيب الطالب " عن ابن القاسم، فقال: قال ابن القاسم: وله أن يدخل إن كانت الغيبة قريبة، ولا يدخل بها في الغيبة البعيدة وإن قدم لها ربع دينار وَإِنْ سَمَّاهُ مَعَ البعد؛ لأن

النقد في هذا البعد لا يجوز، والدخول انتفاء.

عبد الحق: وفيه نظر؛ وذلك أَنَّ النقد في بعيد الغيبة بِغَيْرِ شَرْطٍ جَائِزٍ، فَهَلا كَانَ الدُّخُول مثله، ففهم أنَّ ابن القاسم قال بالمنع مطلقًا.

وفهمها ابن يونس كالقول الثالث من كلام المصنف، وأنه إنما منع إذا كان على شرط الدخول.

ابن عبد السلام: ومنهم من حد الغيبة في هذا باليومين والثلاثة، ومنهم من يقول بالجمعة.

(ص): **(وإذا عقد بخمر وشبهه فمشهورها: يُفْسَخُ قَبْلَهُ ويثبت بعد بصداق المثل)**

(ش): أي: فيه ثلاثة أقوال، والثلاثة لمالك، والمشهور مذهب " المدونة[(١)]".

خليل: وهل الفسخ قبل الدخول إيجاب وهو قول المغاربة، أو استحباب وهو قول العراقيين؟ وفي المسألة رابع وسيحكيه المصنف بعد هذا، إن كان مع الفاسد ما يتمول مِمَّا قيمته ربع دينار فأكثر، فرضيت المرأة به أو رضي الزوج بإعطائها قيمة الآبق مثلا عَلَى أَنَّهُ غَيْرُ آبقٍ وتراضيا بما يجوز صح قبل البناء، وإن بنى بها فلها صداق المثل وهو قول أصبغ.

تنبيه:

لم يقف ابن عبد السلام على أن القول بعدم الفسخ مطلق لمالك، وقد نقله عنه صاحب " الإشراق"، ووجهه أنه إذا لم يجز النكاح التفويض، ونقله ابن الجلاب أيضًا وغيره.

فرع:

ولو دعي الزوج في هذا النكاح إلى البناء والنفقة، فأنفق بناءً على أنه صحيح، ثم عثر على الفساد ففسخ، فقيل: يرجع عليها، كمن اشترى من رَجُلٍ دَارَهُ عَلَى أَنْ يُنْفِقَ عليه حياته، فإنه يفسخ البيع ويرجع عليه بما أنفق.

وقال عبد الله بن الوليد: لا يرجع بها عليها؛ لأن الفسخ قبل البناء واجب؛ إذ أجازه جماعة من العلماء إذا عجل ربع دينار.

(ص): **(وترد ما قبضته من متمول)**

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٧.

(ش): أي: إذا فسخ فترد ما قبضته من متمول كالآبق والشارد. واحترز بمتمول من الخمر والخنزير وشبههما.

(ص): (وتضمنه بعد قبضه لا قبله كالسلعة في البيع الفاسد فلذلك لو فات في بدنٍ أو سوق ونحوه كان لها وتغرم القيمة. وقيل: إن كان مع الفاسد متمول بربع دينار، فرضيت به أو رضي هو بإعطاء قيمة الآبق ونحوه، أو قدم فرضي بإعطائه لم يفسخ)

(ش): أي: وتضمن المتمول بالقبض في النكاح الفاسد كَمَا تضمنه في البيع الفاسد بالقبض، وَمَا ذَكَرَهُ من ضمان الزوجة بالقبض هو قول ابن القاسم وهو المشهور.

وحكى ابن حبيب عن أصحاب ابن القاسم أنهم خالفوه هُنَا وقالوا: لا ضمان عليها؛ لأنها لو قبضت عبدًا في نكاحٍ صحيحٍ، فطلقها قبل البناء وقد مات فلا يرجع عليها بشيء.

ونحوه لابن المواز، فإنه قال: إذا أصدقها المريض جارية ودفعها إليها فماتت الجارية بيدها لا تتبع بشيء. وفرق بعض القرويين بين أن يكون النكاح فاسدًا لعقده فيكون كالصحيح، وبين أن يفسد لصداقه فتضمنه بالقبض.

قوله: (فلذلك... إلخ)؛ أي: ولأجل أنه ملحق بالبيع الفاسد لزم إذا فات بما يفوت به البيع الفاسد من حوالة سوق أو غيرها أن يبقى ذلك الذي قبضته من آبق أو شارد ملكًا لها، وتعطي قيمته يوم قبضته كما في البيع الفاسد.

قوله: (وقيل: إن كان مع الفاسد... إلخ) تقدم.

(ص): (ولو عقد بمغضوب، فكذلك وقال ابن القاسم لا يُفسخ ولو تعمده كما لو أصدقها معيبًا فردته)

(ش): ظاهره أن الإشارة بذلك إلى الخلاف المتقدم، وتصوره ظاهر، ولم أرَ نقلا يساعده، وها أنا أذكر ما رأيته في "العتبية": قال سحنون: إن كانت الزوجة لم تعلم أن العبد مغصوب أو حر فالنكاح ثابت، وإن علمت ذلك فسخ قبل البناء لا بعده.

أصبغ: وسمعت ابن القاسم يقول في الذي يتزوج بالحر أو بالعبد لغيره: لا يفسخ على كل حال دخل أو لم يدخل، تَعَمَّدَ ذَلِكَ أَو لم يتعمده.

أصبغ: وكذلك لو علمت هي بِحُرِّيَّةِ العبد ولم يعلم الزوج مثله.

قال: ولو علما جمعيًا أَنَّهُ حر وعليه نكحها فسخ قبل الدخول وثبت بعده. انتهى.

قال في "البيان": وقال سحنون: إن كانت عالمةً بغصبه أو بحريته فسخ النكاح.

يريد: والزوج عَالِمٌ أيضًا، وأما لو علم أحدهما بذلك دون صاحبه لم يفسخ النكاح على مذهبه، فليس قوله بخلاف لابن القاسم.

ونقل ابن حبيب في "الواضحة " عن ابن الماجشون وابن كنانة: إِنْ علم أحدهما بحرية العبد يفسد النكاح ويُوجب فسخه قبل الدخول وصداق المثل بعده. انتهى.

وعلى هذا اتفق ابن القاسم وسحنون على أن الزوجين إذا علما أنه يفسخ قبل البناء، واتَّفَقَا أيضًا على أن علم أحد الزوجين دُون الآخر لا يفسخ به النكاح على مَا فَسَّرَ به أصبغ قول ابن القاسم، وما فسر به صاحب " البيان " قول سحنون، وخالفهما في ذلك ابن الماجشون وابن كنانة ورأيا أن علم أحدهما مُوجب للفسخ كعلمهما، وما ذكرناه عن ابن القاسم في "العتبية" هو الذي ذكره المصنف عنه.

وقال ابن بشير: إن علمت الزوجة بالغصب، فقالوا: النكاح فاسد، وهو يجري على القولين فيمن اشترى من غاصب وهو يعلم بالغصب، وإن لم يعلم بالغصب، ففيه قولان مُخَرَّجَانِ أَيضًا، والمنصوص في النكاح الجواز وهو المشهور في البيع، فجعل المعتبر على الزوجة فقط، وفيه نظر لما ذكرناه.

(ص): **(وتجب قيمته أو مثله، وقيل: مثله فيهما. وقيل: صداق المثل)**

(ش): يعني: إذا استحق الصداق المغصوب.

وأما غير المغصوب فسيأتي الكلام عليه، وإنما قلنا: إن النكاح لا يفسخ؛ لأنها ترجع عليه بالقيمة في المقوم وبالمثل في المثلي، وهذا هو المشهور.

قاله صاحب " البيان " وغيره.

وقال ابن كنانة في كتاب المدنيين: في العبد إذا استحق ترجع بمثله.

ونحوه في "كتاب ابن شعبان"، وإليه أشار بقوله: (وقيل: مثله فيهما)؛ أي: في المقوم والمثلي.

وقيل: ترجع بصداق المثل مُطلقًا. وهو قول مالك في "العتبية"، قال في "البيان": وهو الصحيح؛ لأن العبد عوض البضع، فإذا استحق العبد وجب أن ترجع بقيمة بضعها لفواته بالعقد، وكان العقد في النكاح فوتًا وإن لم يدخل فيه لما يُوجب من الحرمة.

وقد قيل: إنه ليس بفوت، ويفسخ النكاح إذا كان الصداق عرضًا بعينه واستحق قبل الدخول، وهو قول يحيى في العشرة. انتهى.

وعلى هذا ففي المسألة أربعة أقوال، وحكى في "البيان " في موضع آخر خامسًا لسحنون والمغيرة بالفرق، فإن استحق العبد بالحرية، فصداق المثل وفرق فقيمته، وذكر ابن حارث عن سحنون: إن غَرَّهَا بالعبد وكان حُرًّا فِي أَصْلِهِ أَنَّهُ يفسخ النكاح قبل الدخول، قال: ومن أصحابنا من يفسخه بعد الدخول.

وقال اللخمي: لو قيل: يرجع بالأقل من قيمته وصداق المثل، لكان وجهًا، إلا أن يعلم أنها تزوجت بعين لم ترض إلا بما يكون قيمته العبد.

(ص): (وإذا وجدته معيبًا أو مُسْتَحَقًّا رجع **بقيمته أو مثله في المثلي)**

(ش): أي: مستحقًّا في غير الغصب.

وهذا الكلام مِمَّا يُبَيِّن لَكَ أَنَّ المراد بالاستحقاق في المسألة السابقة الاستحقاق في الغصب، لكن حكايته في الأولى الخلاف دُونَ هَذِهِ يُوهِمُ اختصاص الأولى بالخلاف، وليس كذلك، بل الخلاف فيهما واحد. وكذلك أيضًا الخلاف حَاصِلٌ في المعيب، صَرَّحَ بِهِ ابنُ بُشَيْرٍ وغيره.

(ص): (فإن فات المعيب فكالبيع كالزوج في الخلع)

(ش): يعني: إن فات المعيب في يد الزوجة رجعت بقيمة العيب كَمَا إذا اطلع المشتري على عيب بعد الفوات، وكما لو اطلع الزوج في الخلع على عيب بعد الفوات، فإنه يرجع عليها بقيمة العيب.

وهذا من المواضع التي شبه المصنف فيها لإفادة الحكم، ولم يتقدم له حكم البيع والخلع.

قال في "المدونة[1]": وإن حدث به عندها عيب مفسد فلها رده، وما نقصه أو حبسه وأخذ الأرش القديم، وكذلك الزوج في الخلع.

فرع:

وإن تزوجها بقليل من خل فوجدتها خمرًا، ففي "المدونة[2]": هي كمن تزوجت على مهرٍ فأصابت به عيبًا فلها رَدُّه، وترجع بمثله، يُريدُ: إمَّا بمثلها بعد تطهيرها إنْ طهرت، أو بمعرفة مَا تَحْمِلُ مِنْ مَاءٍ إن لم تطهر، ثُمَّ يُكَالُ ذلك الماء، ويرفع من الخل قدره، ثم تكسر القلال؛ لأنها لمسلم.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٨.

ونقل أبو عمران عن سحنون أنه نحا في هذا إلى ما ذكره ابن المواز أنهما إذا دخلا على الجزاف في الصبرة ثم علما بعد ذلك كيلها، ثم استحقا ما في يد البائع، أنه يرجع بقيمة صبرته لا بمثلها ولو عرف كيلها.

أبو عمران: والأول أصوب.

ونقل اللخمي عن سحنون في هذا وفيما إذا تزوجت بعبدٍ فوجدته حُرًّا أنَّ النكاح يفسخ.

اللخمي: ولو تزوجت بالقلل عَلَى أنَّ فيها خمرًا فوجدته خلا ثبت النكاح إنْ أَحَبَّا؛ كالمتزوجة وهي تَرَى أَنَّهَا في عدة، ثم تَبَيَّنَ أنها في غَيْرِ عِدَّةٍ، وقد اختلف فيها، وإن كره أحدهما فسخ النكاح في مسألة القلل؛ لأنه إن رضي الزوج دونها فمن حجة الزوجة أن تقول: إنما لم أشتر خلا، وإنما رضيت الزوجة دونه، فمن حجة الزوج أن يقول: أنا لم أبعك خلا. وهي في هذه الوجوه تفارق المعتدة؛ لأن المعتدة هي العين المشتراة، وإنما كان يظن أنه كان يتعلق بالمنع حق لله وقد تبث خلافه.

(ص): (**وأما ما يستحق بعضه من العروض، فإن كان أكثر من الثلث خيرت بين الرد وقيمة الجميع وبين قيمة المستحق، وإلا فقيمة المستحق، والجزء اليسير من الرقيق كالكثير وما يستحق من جماعة ثياب أو رقيق بعينها فكالبيع**)

(**ش**): حاصله: أن لاستحقاق البعض صورتين:

الأولى: أن يستحق جزء شائع. انتهى كلامه عليها عنه عن قوله: (كالكثير).

الثانية: أن يستحق جزء معين.

ثم الصورة الأولى إما أن يكون الصداق عرضًا أو رقيقًا، ومراده بالعرض العقار وسائر العروض، إن كان عرضًا وكان أكثر من الثلث خيرت بين رد الباقي وأخذ جميع القيمة، وبين التمسك وأخذ قيمة المستحق. ولم يفصل في القليل بين أن يكون فيه ضرر أم لا، وقد نَصَّ في "المدونة[1]" على الرد فيما فيه ضرر.

عياض وغيره: ولو كان العشر. كما لو استحق العشر من دار ذات مساكين والذي اشتراها لا يكن أن يسكن معه أحد لكثرة حشمه، فله أن يردها، وإنما يتم ما ذكره المصنف في مثل الفنادق. وهكذا فسر سحنون المسألة.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٨.

قوله: (والجزء اليسير من الرقيق كالكثير)؛ أي: فَيُوجِبُ الخيار.

ابن يونس: لضرر الشركة في العبد من منع السفر به ومن الوطء في الأمة.

خليل: وينبغي أن يشارك الرقيق في هذه المسألة سائر الحيوان، وهو الذي يُؤخذ من كلامه.

وقوله: (وما يستحق من جماعة ثياب... إلخ)، هذه هي الصورة الثانية، وما ذكره من أن حكم هذه الصورة كالبيع نحوه في "المدونة[1]"، وهو مُقَيَّدٌ بما إذا استحق منها شيء معين قليل، وأما إن كان كثيرًا مِمَّا يَضُرُّ بِهِ في صفقته، ويُوجِبُ لَهُ ترك جميع الصفقة، فيفترق النكاح من البيع، ففي البيع لا يجوز له التملك بِمَا بَقِي؛ لأنَّ حصته مجهولة وفي النكاح يجوز له؛ لأنه في البعض.

وفي الجميع إنما يرجع بقيمة ما استحق، هكذا قال ابن يونس وغيره، وهو ظاهر؛ لأن الصداق لو استحق جميعه لم يفسخ النكاح، فأحرى في استحقاق البعض.

فرع:

وهل للزوجة إذا استحق الصداق من يدها منع الزوج من وطئها؟ أما إن استحق قبل البناء، فلا شك أن لها ذلك، وإن كان بعده، فقال مالك في "العتبية": يحال بينهما.

قال في "البيان": وهو أظهر الأقوال.

وقال ابن القاسم في "الموازية": لا يحال بينهما.

وقال أصبغ: يمنع حتى يعطيها ربع دينار.

وقيل بالفرق بين أن يغرها فيمنع أم لا فلا يمنع. هكذا قال جماعة.

ورأى صاحب " البيان " الخلاف إنما هو إذا لم يغرها، وأما إذا غرها فلها منعه اتفاقًا.

(ص): (ونكاح الشغار: يُفسخُ أبدًا على الأصح وإن ولدت أولادًا، وهو مثل: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي، ولا مهر بيننا)

(ش): أصله في اللغة الرفع، من قولهم: شغر الكلب رجله إذا رفعها للبول. ثم استعملوه فيما يشبهه، فقالوا: أشغر الرجل المرأة إذا فعل بها ذلك لجماع. ثم استعملوه في النكاح بغير مهر إذا كان وطئًا بوطءٍ وفعلا بِفِعْلٍ، فكان الرجل يقول للآخر:

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٩.

شاغرني؛ أي: أنكحني وليتك وأنكحك وليتي، بغير مهر.

قال في "المقدمات": وقيل: إِنَّمَا سُمِّي نكاح الشغار لخلوه عن الصداق.

وثبت عنه عليه الصلاة والسلام " النهي عنه"، وجاء في الحديث مفسرًا بما ذكر المصنف، وهل التفسير من كلامه عليه الصلاة والسلام أو من كلام الراوي - وهو نافع -؛ لأنه وراه عن ابن عمر؟ قولان.

ثم إن أصحابنا قسموه إلى قسمين: صريح الشغار، وهو ما ذكرنا، ووجه الشغار وهو أن يكون مع ذلك تسمية مهر.

وما صححه من الفسخ أبدًا ولو ولدت الأولاد هو المشهور، ومُقَابِلُ الأَصَحِّ رَوَاهُ علي بن زياد أنه يفسخ قبل البناء لا بعده.

وخَرَّجَ السيوري وابن شبلون من قوله في "المدونة[1]": فيه الميراث ويفسخ بطلاق. قولا ثالثًا وهو إمضاؤه بالعقد.

وَخَرَّجَهُ أيضًا غيرهما على أَحَدِ قَولَيْهِ فيما اختلف الناس فيه أنه يمضي ولا يرد وإن نَزَّلُوهُ كَحُكْمِ حَاكِمٍ.

واختلف الشيوخ في عِلَّةِ فسخه بعد البناء، فقال أبو عمران: النهي عنه. والنهي يَدُلُّ عَلَى الفساد، وقيل: لفساده في عقده لكون كل بضع صداقًا للأخرى، فهو للزوج غير تام الملك لمشاركة المرأة الأخرى له فيه، فكان كمن زَوَّجَ وليته رَجُلَيْنِ أو تَزَوَّجَ نصف امرأة، أو عند بيع في سلعة بين رجلين على أنَّ لكل واحدٍ مِنْهُمَا جميع السلعة.

ونحا القاضي إسماعيل والباجي إلى أنَّ علته عرُوُّه عن الصداق وشرطهما ذلك.

وقال القابسي: إنما اختلف قول مالك في فسخه لاختلاف الناس في معنى الشغار؛ لأنَّ المتفق عليه من لفظ الحديث قوله: "نهى عن الشغار " وبأن الحديث من تفسير نافع.

ابن عبد السلام: وكونه من تفسير نافع وهو الصحيح.

الباجي: والظاهر أَنَّهُ من جملة الحديث حتى يدل دليل على خلافه. ولا يظهر لقول القابسي كبير معنى، وكذلك لا يظهر للذي قبله؛ لأنه لو كان لعروه عن الصداق وشرطهما ذلك لصح بعد البناء.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٢٩.

(ص): **(فإن سمى شيئًا فيهما أو في أحدهما فُسخَ مَا سُمِّي قبل البناء، وفُسِخَ الآخرُ أَبَدًا)**

(ش): يعني: فَإِنْ سَمَيًا لِكُلِّ واحدة من المرأتين، فإن قال: زَوِّجْنِي ابنتك بمائةٍ عَلَى أن أُزَوِّجَكَ ابنتي بمائة، وهو المراد بقوله: (سُمِّيَ.... فيهما) أي في المرأتين، ويحتمل في النكاحين، وهذا هو وجه الشغار.

قوله: (أو في أحدهما)؛ أي: أو سميا في أحدهما، فسخ ما سميا فيه قبل البناء، وفسخ الآخر الذي لم يسمَّ فيه في صورة ما إذا سمي لإحداهما دون الأخرى أبدًا؛ لأنه من صريح الشغار.

وقال ابن أبي حازم: كَمَا يفسخ نكاح المُسَمَّى لها قبل البناء.

وظَاهِرُ مَا حَكَاهُ المتيطي عنه عند جواز الإقدام عليه؛ لأنه قال: وقال ابن أبي حازم في "المدونة[1]": لا بأس به.

قال في "البيان": ولم يختلف قول مالك في المُسَمَّى لَهَا؛ لأنه لا يفسخ بعد البناء.

وأجرى غيره قولا بالفسخ بعد البناء من الصداق الفاسد وهو ظاهر.

قال جماعة: ولا شَكَّ أَنَّهُ صَدَاقٌ فَاسِدٌ فيجري عليه. فانظر هذا.

(ص): **(وصداق المثل بعد الدخول فيهما مَا لَمْ ينقص عَمَّا سُمِّي لَهَا، كَمَنْ نكَحَ بمائةِ دينارٍ وخَمْرٍ)**

(ش): قد علمت أن صور هذه المسألة ثلاث:

الأولى: أن لا يسمي فيهما.

والثانية: أن يسمي فيهما.

والثالثة: أن يسمي في إحداهما دون الأخرى.

ولا خلاف في الصورة الأولى أنه إن حصل الدخول يكون لكل واحدة صداق مثلها بالغًا مَا بَلَغَ.

وأما الصورة الثانية: - أعني: إِذَا سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدَةٍ منهما - فقال ابن عبد السلام: المشهور أن لكل واحدة الأكثر من صداق المثل أو المسمى، وقيل: صداق المثل مطلقًا. ولابن لبابة: إن دخل بهما فلكل واحدة الأكثر، وإن دخل بواحدةٍ فصداق المثل

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٠.

مطلقًا. انتهى.

وتُئوِّل على " المدونة[١]" القولان الأولان، وَمُقْتَضَى كلام ابن عبد السلام أَنَّ المشهور فِيمَا إِذَا سَمَّى لَهُمَا أَنْ يكون لكل واحدة الأكثر وإن لم يدخل إلا بواحدة لجعلها لثالثٍ تفصيلا، وكلامه في "التنبيهات " يَدُلُّ على أن ظاهر المذهب فيما إذا لَمْ يدخل إلا بواحدةٍ أَنْ يكون للمدخول بها صداق المثل مُطْلَقًا؛ لأنه نقل عن ابن القاسم أَنَّهُ فَسَّرَ المسألة كذلك في رواية يحيى بن يحيى، قال: وقال عيسى بن دينار في "المبسوط " خلافه، وأنَّ لها الأكثر كما لَو لَم يَدْخُلْ بِهَا.

وأما الصورة الثالثة: - أعني: إِذَا سَمَّى لإحداهما فقط - فإن دَخَلَ بالتي لم يسم لها فلها صداق المثل، وإن دخل بالتي سَمَّى لَهَا فأول ابن أبي زيد على " المدونة[٢]" أنَّ لَهَا الأكثر، وتأولها ابن لبابة على أن لها صداق المثل مُطْلَقًا، نقله ابن عبد السلام، وقال: والضمير في قوله: (فيهما) يحتمل عوده على نكاح المرأتين المسمى لهما، وهي الصورة الثانية وهو ظاهر التشبيه في قوله: (كَمَنْ نَكَحَ بمائةِ دِينارٍ وَخَمْرٍ)؛ أي: فَكَمَا إذا تزوجها بمائةٍ وَخَمْرٍ يَكُونُ لَهَا الأَكْثَرُ من صداق المثل والمائة كذلك يكون هُنَا، وشبهها أيضًا في "المدونة " بما إذا تزوجها بمائةٍ نقدًا، وبمائةٍ إلى موتٍ أو فراق، ويحتمل أن يعود على الصورتين الأخيرتين؛ أعني: إذا سمى لهما أو لإحداهما، ويكون قوله: (ما لم يَنْقُصْ عَمَّا سُمِّي لهما)؛ أي حيث سمي، ويكون كلام المصنف على هذا دالا على الحكم في التي سمى لها والتي لم يُسَمِّ لها بالمطابقة، وعلى الاحتمال الأول يكون دالا على التي لم يسمِّ لها بالالتزام، والله أعلم.

فرعان:

الأول: الشغار في الأختين والأمتين كالبنتين، وقد صرح بذلك في أصل "المدونة[٣]"، وَلَعَلَّ المصنف اقتصر على البنتين تبعًا للحديث، وبذكر الأختين يُعْلَمُ أَنَّ الشغار لا يَخْتَصُّ بالوليتين المحجورتين، قال في "تهذيب الطالب": وذهب بعضهم إِلَى أَنَّ الشِّغار إِنَّمَا يكون في من تجبر على النكاح، وهو غلط.

الثاني: قال أبو عمران في رجلين عقد كل منهما نكاح أخته من صاحبه في مجلسٍ

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣١.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣١.

واحدٍ: هو جائز إذا لم يفهم أنه إن لم يزوج أحدهما صاحبه لم يزوجه الآخر.

ومثله لابن لبابة قال: وإن قال: زوجني وأزوجك، وعقدا على ذلك وسميا صداقًا جاز.

قال: والذي يشبه الشغار: زَوِّجْنِي عَلَى أن أزوجك، أو إن زوجتني زوجتك.

(ص): **(وفي كونه منافع كخدمته مدة معينة، أو تعليمه قرآنًا منعه مالك وكرهه ابن القاسم، وأجازه أصبغ، وإن وقع مضى على المشهور، وعن ابن القاسم أيضًا: إذا لم يكن مع المنافع شيء فُسِخَ قبل البناء، ووجب صداق مثلها بعده، وإن كان خدم ورجع بقيمتها)**

(ش): تبع في نسبة هذه الأقوال ابن شاس، ونسب اللخمي لمالك الكراهة، والمنع لابن قاسم، ونسب في "البيان" لأصبغ الكراهة، والظاهر أن لكل واحد قولين، وَيُؤْخَذُ من كلام المصنف القولان لابن القاسم؛ لأنه حكى عنه الكراهة، ثم حكى عنه الفسخ إذا لم يكن مع المنافع شيء، والفسخ إنما يتصور مع المنع، واستدل اللخمي للجواز بقضية موسى مع شعيب عليهما السلام التي ذكرها الله تعالى في كتابه: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ...﴾ الآية [القصص: ٢٧]، وقد استدل بها مالك رحمه الله في "العتبية " على جبر الأب ابنته البكر على النكاح من غير استئمار.

اللخمي: بعد نسبته المنع لابن القاسم، وقال - يعني ابن القاسم ـ: مَا ذَكَرَهُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي نكاح مُوسَى عَلَيْهِ السَّلام، فإن الإسلام على غيره. انتهى.

وهذا مبنيٌّ على مسألة أصولية؛ وهي: أن شرع من قبلنا شرعٌ لَنَا أم لا؟ واستَدَلَّ أيضًا للجواز بما رواه مالك وغيره أَنَّهُ عليه الصلاة والسلام زوج امرأة لرجل بأن يعلمها ما معه من القرآن.

قوله: (وإن وقع مضى على المشهور) هَذَا تَفْرِيعٌ عَلَى مَا نسبه لمالك من المنع، وأمَّا على الكراهة والجواز فلا يختلف في الإمضاء، وَإِنَّمَا مضى على المشهور لما فيه من الخلاف وما شهره المصنف، قال في "الجواهر": هو قول أكثر الأصحاب، ورواه أصبغ عن ابن القاسم وروى عنه يحيى: إذا لم يكن مع المنافع صَدَاق فسخ قبل البناء وثبت بعده، وَيَكُونُ لَهَا صداق مثلها وتسقط الخدمة، فَإِنْ كَانَ خدم رجع عليها بقيمة الخدمة، وعلى هذا فقوله: (وعن ابن القاسم) هو مُقَابِلٌ للمشهور، وكذلك قال.

وقول ابن عبد السلام: أن الإمضاء دليل على أن المشهور في حكم ابتداء الكراهة

ليس بظاهر؛ لجواز أن يكون الحكم ابتداء المنع، وكم من مسألة الحكم فيها ابتداء المنع وإذا وقعت صحت، وهذا هو الظاهر من كلام المصنف؛ لأنه إنما نسب المنع لمالك، فكيف يكون المشهور خلاف قوله؟! ولم يذر المصنف تمام قول ابن القاسم، وهو: (إذا كان مع المنافع شيء)، إلا أن يُقال: استغنى عن ذلك بالمفهوم، وهو أنَّه إذا كان معه ربع دينار جاز النكاح، لكن قال في "البيان": تفرقة ابن القاسم فيه بين أن يكون معها شيء أم لا، على وجهين:

أحدهما: إن كان معه نقد جاز ولم يفسخ، وإن لم يكن معه نقد فسخ قبل البناء وثبت بعده، وكان فيه صداق المثل.

والثاني: إن لم يكن معه نقد فسخ قبل الدخول ومضى بعده وكان فيه صداق المثل، وإن كان معه نقد فسخ قبل الدخول ومضى بعده بالمسمى من النقد.

(ص): (**وعنه في إحجاجها كذلك وأنكره العلماء لأن فيه نفقة وكراء فهو كصداق مثلها**)

(**ش**): الضمير في (وعنه) عائد على ابن القاسم، قال في "الجواهر": وروى عنه يحيى أيضًا في نكاحها على إحجاجها أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ويجب صداق المثل إلا أن يكون مع الحجة غيرها، فيجوز.

ابن حبيب: وليس يعجبني ولا رأيت أصبغ ولا غيره من أصحاب مالك يعجبهم، ورأيتهم مِرَارًا يرونه جَائِزًا؛ لأنَّ ذلك يرجع إلى حجة مثلها في النفقة والكراء والمصلحة، ومثل نكاح المرأة على شورة مثلها وعلى صداق مثلها فيجوز ويكون لها الوسط. انتهى.

والظاهر أن نفقة الحج لا تنضبط غالبًا لاختلاف الأزمان والأحوال فكان ذلك غررًا، وحكى اللخمي في إحجاجها الثلاثة السابقة في المنافع.

ابن القاسم في الرواية السابقة: وإذا بنى بها وكان مع الحجة مُسَمًّى كَانَ لَهَا المُسَمَّى وقيمة ما ينفق على مثلها من الكراء والنفقة والكسوة وما يتكلف لمثلها في حجها، قال: وقد قال مالك في التي يكون صداقها شيئًا معلومًا والحج فتموت قبل أن يحج بها بعد البناء: أنَّه يُعْطِي ورثتها مَا كَانَ ينفق على مثلها في حجها، قال: وأنا لا أرى إلا أن يحمل لهم مثلها إلا أن يتراضى الزوج والورثة على أمر يجوز بينهم إن كان الكراء لازمًا للزوجين، وقاعدة المذهب أن الكراء لا ينفسخ بموت أحد المستأجرين،

فليس على الزوج إلا الحملان، ولما ذكرناه من الفروع، ولو قالت المرأة ابتداءً: أنا لا أحج فأعطني ما كنت تنفقه علي، لم يكن لها ذلك، وكذلك لو أراد أن يعطيها نفقة مثلها ويبرأ من حملها لم يكن له ذلك.

وقول ابن القاسم مَبْنِيٌّ عَلَى المَنْعِ دُونَ النكاح بالإجازة؛ لأنَّ حُكْمَهُ بالفسخ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَ الحج شيء إنما يحسن على ذلك ولا يحسن على الكراهة، وزعم ابن عبد السلام أن الإنكار إنما يحسن على القول بالكراهة، وأما على المنع فلا، وفيه نظر لما ذكرنا.

فرعان:

الأول: اختلف في بنائها قبل أن يحججها، فمنعه ابن القاسم إلا أن يقدم ربع دينار، وقال أشهب: له أن يبني بها ويجبرها على البناء؛ لأنه قال: ذلك بمنزلة من تزوج بمائة دينار إلى سنة، فله أن يبني بها، يريد: ويجبرها على البناء، وَإِذَا أَتَى أَوَانُ الحَجِّ حَجَّ بِهَا إلا أَنْ يَأْتِي أوان قبل البناء، فلا يكون له البناء حتى يحججها.

الثاني: قال في "البيان": لا خلاف في منع النكاح بالجعل؛ لأن الجعل لا يلزم المجهول له، وله أن يتركه متى شاء، فالنكاح به نكاح فيه خيار.

(ص): (وكره مالك المؤجل وقال: **إنما الصداق فِيمَا مَضَى نَاجِزٌ كُلُّه، فإن وقع شيءٌ مِنْهُ مؤخرًا فلا أُحِبُّ طُوله. وقال ابن القاسم: يُفسخ إن كان أكثر من عشرين سنة، ثم رجع إلى أربعين، ثم قال خمسين وستين**)

(ش): ظاهر كلام مالك كراهة الأجل مطلقًا، وقد صَرَّحَ في "المدونة[١]" بكراهة الأجل في بعض الصداق ولو إلى سنة، ووجهه ما ذكره من مُخَالَفَةِ أنكحة الماضين، وأيضًا، فلئلا يتذرع الناس إلى النكاح بغير صداق، ويظهرون أن هنالك صَدَاقًا، ثم تسقطه المرأة، وأخذه الباجي من حديث: "زَوَّجْتَكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنْ القُرْآنِ[٢]" بعد أن سأله: "هَلْ تَجِد شيئًا"، وبالغ معه في ذلك حتى قال له: "الْتَمِسْ وَلَو خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ[٣]"، فقال: هذا يقتضي أن حكم الصداق التعجيل، وإلا كان زوجها له بشيءٍ مُؤَخَّرٍ، وعن أشهب جواز الأجل فيه إلى اثني عشر عامًا وكذلك زوج ابنته، وعن ابن

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٢.

(٢) أخرجه البخاري، برقم (٢٣١١) ومسلم، برقم (١٤٢٧).

(٣) أخرجه البخاري، برقم (٥٠٢٩) ومسلم، برقم (١٠٢٧) كلاهما من حديث سهل بن سعد.

القاسم إجازة الأربعة، وابن وهب الخمسة، وأصبغ العشرين.

ابن عبد السلام: وقيل بجواز العام وكراهة ما فوقه.

ابن عبد السلام: ولا خلاف أنه لا يفسخ في العشرين.

خليل: وفيه نظر، فقد حكى ابن حارث وغيره عن ابن وهب أنه قال: يفسخ النكاح إذا جاوز العشرة، وقاله ابن القاسم، ثم رجع إلى ما نقله المصنف عنه.

اللخمي: ولو زاد على الستين فسخ على كل حال.

ابن عبد السلام: وحكي عن ابن القاسم أيضًا: لا يفسخ إلا إلى السبعين والثمانين.

(ص): (**وأما المؤجل أو بعضه إلى غير معين من موت أو فراق وشبهه ففاسد، وقال أصبغ: إلا أن تقتصر على المعجل، أو يعجل المؤجل**)

(**ش**): قوله: (أو بعضه)؛ يعني: لا فرق بين جميع الصداق أو بعضه، والفساد هو مذهب " المدونة[1]" والمشهور، ووجهه بَيِّنٌ لِلضَّرَرِ.

قال شيخنا: ويقوم منها منع من يشتري سلعةً إلى الميسرة، كقول بعض الفقراء: إلى أن يفتح الله في الثمن، وهذا إذا صرح بذلك ابتداء، وأما إن اشتراها ولم يذكر ذلك ابتداء فهو جائز، وهو محمول على الحلول، وقول أصبغ بين التصور.

(ص): (**فإن بنى، فقال مالك: لها صداق مثلها معجل كله، وإن زاد عليهما ولا ينقص عن المعجل. وعنه: قيمة المؤجل. وقال ابن القاسم: كما لا ينقص عن المعجل لا يزاد عليهما**)

(**ش**): مثاله: لو تزوجها بمائة معجلة وبمائة إلى موت أو فراق، فإن اطَّلَع على ذلك قبل البناء فسخ، ولم يكن لها شيء، وإن بنى فقال مالك: إنما لها صداق مثلها؛ لأنه صداقٌ فاسد، وإنما جعله معجلا؛ لأن الأصل في الصداق التعجيل، والضمير في عليها عائد على المعجل والمؤجل، فلو كان صداق مثلها في المثال المفروض ثلاث مائة أخذتها، فلو كان مائة وخمسين أخذتها، فإن نقص منها؛ لأن من حجة الزوجة أن تقول له: أنت رضيت بها مع مائة أخرى، فلأن ترضى بها مفردة من باب الأولى.

(وعنه)؛ أي: وعن مالك أنه يلزمه قيمة المائة المؤجلة إلى الأجل المجهول،

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٢.

فتكون تلك القيمة مع المعجل صداقها، وهذا القول إنما ذكره في "المدونة[1]" في جميع الصداق المؤجل بأجلٍ مجهولٍ، لكن لا فرق، وحكى اللخمي قولا آخر أنه ينظر إلى قيمتها من المائة المعجلة، فإن كانت ثلثها أخذت المائة المعجلة وثلث صداق المثل.

وقوله: (وقال ابن القاسم: كما لا ينقص عن المعجل لا يزاد عليهما)؛ أي: عن المعجل والمؤجل، ووجهه ظاهر؛ لأنه إذا زاد عليهما فمن حجة الزوج أن يقول: أنت رضيت بمائة معجلة ومائة إلى موت أو فراق، فلا ترضي بهما معجلتين من باب الأولى.

وحكى في "البيان " قولا آخر: أن لها صداق المثل وإن كان أقل من مائة أو أكثر من مائتين، قال: وهو ظاهر قول أصبغ وأبي زيد.

(ص): **(فإن كان معهما تأجيل معلوم قدر صداق المثل به، ثم يأتي القولان في الزيادة على الجميع)**

(ش): كما لو تزوجها بثلاث مائة معجلة ومائة إلى سنة ومائة إلى موت أو فراق.

وقوله: (قدر صداق المثل به)؛ أي: بالمؤجل إلى الأجل المعلوم، وكذا فسَّر المسألة أبو سعيد ابن أخي هشام، فلا ينقص صداق مثلها عن المائة المعجلة والمائة المؤجلة إلى سنة إن نقص عنهما، ويختلف إذا زاد على الثلاث مائة، فعلى قول مالك يكون لها الزائد، وبه قال مطرف وابن الماجشون، وعلى قول ابن القاسم يسقط، وبه قال محمد، وهو معنى قوله: (ثم يأتي القولان)؛ أي: قولي مالك وابن القاسم في الزيادة على الجميع على الثلاث مائة، أمَّا إن زاد صداقها على المائة المعجلة والمائة المؤجلة إلى سنة، فلها الزائد حالا مع المائة الحالة، وتبقى المائة إلى أجلها.

(ص): **(وقول مالك: يجوز إلى الدخول؛ لأنه معلوم عندهم)**

(ش): هذا جواب سؤال مقدر، فإنه لما قدم أن الأجل المجهول لا يجوز، وكان ظاهر قول مالك هذا يخالفه أجاب عنه أن مالكًا إنما أجازه؛ لأنه رآه إلى أجلٍ معين؛ لأن الدخول معلوم عندهم، وقد نَصَّ مالك على هذا الجواب في رواية يحيى وهو الظاهر هنا، لا ما أجاب به ابن المواز من أن ذلك يرجع إلى الحال؛ لأن الدخول بيد

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٣.

المرأة متى شاءت؛ لأن ذلك جواب عن مالك بِما نَصَّ مالك على خلافه، مِنْ أَنَّ كلا من الزوجين إذا دعا الآخر إلى الدخول بإثر العقد، وأبى الآخر، أنه يحكم لمن طلب التأخير، ويؤخر القدر الذي يقوله أهل العرف بما لا مضرة فيه على واحد منهما، نعم وقع في الرواية في الحالف بطلاق زوجته: ليدخلن ليلة كذا بها، والليلة تأتي قبل الأجل الذي قدره أهل العرف، أنه يقضي له ولا يحنث ارتكابًا لأخف الضررين.

وفي سماع عيسى أن الدخول مجهول، فلا يكون أجلا لكافي.

وقاله أبو زيد وأصبغ، ويفسخ النكاح عندهما قبل البناء وهو خلاف قول مالك.

(ص): (**وقول ابن القاسم إلى أن تطلبه أو إلى ميسرته إذا كان مليًّا؛ لأنه رآه حالا، وخُولِفَ**)

(**ش**): هو أيضًا جواب عن سؤالٍ مُقَدَّمٍ وتصوره ظاهر، والذي خالفه ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب، ورأوا أنه لا فرق بين المؤجل والمؤخر إلى موتٍ أو فراق، وبين المؤخر إلى إن تطلبه الزوجة أو إلى اليسار، ويعكر على الجواب الذي ذكره المصنف عن ابن القاسم ما نص عليه ابن القاسم في "العتبية" من أنه يؤخر بقدر ما يرى من التوسعة عليه.

وقوله: (إلى ميسرته)؛ يريد: وهو مُوسر وهو معنى قوله: (إذا كان مليًّا)، وكذلك صرح به ابن القاسم في "العتبية"، قال: وإن كان يومئذٍ معدمًا فسخ مَا لَم يبن، فيثبت بصداق المثل.

ابن عبد السلام: ولا خلاف في ذلك.

(ص): (**ومتى أطلق فمعجل**)

(**ش**): لأن الأصل التعجيل.

فرع:

واختلف إذا لم يؤرخ أجل الكلام، فقال المتيطي: المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه العمل والحكم أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل، وقال ابن وهب: لا يفسخ قبل البناء، ويعجل المؤخر إلى موتٍ أو فراقٍ وهو قول الليث.

وقال أصبغ: يُخَيَّرُ الزوج فإن عجله أو رضيت الزوجة بإسقاطه صَحَّ النكاح وإلا فسخ، ويجوز في الأجل أن يقدر بِمَا يُؤَجِّلُهُ النَّاس، سُئِلَ ابن زرب عَمَّنْ نكح بنقدٍ مَعْلُومٍ وكالأً إلى ما يكفي الناس، فقال: لا يجوز؛ لأنَّ الناس يختلفون في التأجيل،

وذكر ابن الهندي عن بعض مُعاصريه أَنَّهُ لا يفسخ قبل البناء، ويجعل ما مضى عليه الناس في الكالئ، فإن اختلف الأجل ضرب له أجل وسط.

(ص): (**ولو أصدقها عَبْدًا يُسَاوِي ألفين على أن ترد له ألفًا، فبعض العبد مبيع، وبعضه صداق منعه في "المدونة[1]"، وأجازه عبد الملك إذا تحقق بقاء ربع دينار، وأجازه أشهب مطلقًا كالسلعتين، وقيل: يجوز إن فَضَلَ فَضْلٌ**)

(ش): المنع مذهب " المدونة[2]" كما ذكر وهو المشهور، وعليه فيفسخ قبل البناء وإن دخل كان لها صداق المثل.

ابن القاسم في "العتبية": وترد السلعة إلا أن تفوت بحوالة سوق، فأغلى مما يفوت به البيع الفاسد فيلزمها قيمتها يوم قبضها.

وقوله: وأجاز عبد الملك إذا تحقق بقاء ربع دينارها كذا حَكَى عنه اللخمي وعياض، وَحَكَى عنه أيضًا في النكاح الثالث من " البيان " قولا آخر: أَنَّهُ لا يكتفي بفضل ربع دينار بل الفضل الكثير، وهذا هو الذي حكاه المصنف في كلامه آخرًا بقوله: (وقيل: يجوز إن فضل)، وبه تعلم أن ما وقع في بعض النسخ (فصل) بالصاد المهملة من التفصيل، ليس بجيد.

وقوله: (وأجازه أشهب مطلقًا كالسلعتين)، كما لو أعطاها سلعة في صداقها وباعها أخرى، ووجه قوله: أنه لم يأت في منع البيع والنكاح قرآن ولا حديث فالأصل الزوج يساوي نصف دينار فأكثر، أما إذا كان يُساوي ربع دينار وزيادة يسيرة، فلا يمكن أشهب أن يقول أن يقول بالجواز، لكن المثال الذي ذكره المصنف لا يحتاج إلى هذا التقييد؛ لأنه فرض المسألة أن العبد يساوي ألفين، ولهذا كان قول ابن الماجشون وما بعده خارجًا عن فرض المسألة.

وجرت عادة الشيوخ هنا بتكثير الأمثلة، فيقولون: إن كان العبد يُساوي ألفًا جاز عند أشهب فقط، وإن كان يساوي ألفًا وربع دينار جاز على قول أشهب ومطرف، لكن المصنف رحمه الله قد يأتي بأقوال أعم من فرض المسألة للاختصار.

قيل: وإنما يقضى على قول أشهب على النكاح وما أعطته المرأة إذا كان المدفوع مقاربًا لَهُمَا جميعًا، وأما إن كان أكثر منهما جميعًا بكثير، فيحمل على أن الزوج زادها

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٣.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٤.

ذلك رغبة في نكاحها، وكذلك إن كان أقل منهما بكثير، حمل على أن المرأة نقصته لرغبتها في نكاحه.

قال في "البيان": وهو معنى حسن لو ساعده ظاهر اللفظ.

واختلف في تعليل المشهور، فقال أصبغ: حماية من النكاح بغير صداق؛ لأن بعض النساء ترضى أن تتزوج الرجل على أن تعطيه.

وقيل: لأنَّه عقد جمع بين متضادين؛ لأن البيع مبني على المكايسة وتجوز فيه الهبة بخلاف النكاح، فلذلك فسد.

وقيل: للجهل بما ينوب النكاح وهو تعليل ابن الكاتب، ولهذا قال: لو قوم المدفوع قبل العقد، فأحسبهم لا يَخْتَلِفُونَ في جوازه؛ لأنه يصير للبضع شيء معلوم، كما لو تزوج امرأتين في عقد واحد وسمى لكل واحدة صداقها.

فرع:

إذا أعطت المرأة الرجل شيئًا ليتزوجها به، فإن كانت ثيبًا وزادها ربع دينار جاز النكاح؛ لأنها مالكة نفسها، وإن زادها أقل أو لم يزدها شيئًا كان بمنزلة من تزوج بأقل من ربع دينار أو لا شيء، وقد تقدم حكمه، وأما البكر فلا تجوز عطيتها؛ لأنها مولى عليها.

واختلف قول ابن القاسم في الذي يلزم الزوج سواء زادها أم لا، فمرة قال: النكاح ثابتٌ لا خِيَارَ لَهُ فيه دخل أو لم يدخل، ويُؤخذ منه قدر ما كان أصدقها وإليها رجع، ومرة قال: إن كان قبل الدخول كان مُخَيرًا في إعطائها ذلك أو فسخ النكاح، وإن كان بعد الدخول كان لها صداق مثلها.

(ص): **(وكذلك بألف على أن يعطيه الأب دَارًا)**

(ش): أي: في كونه مَمْنُوعًا لاجتماع النكاح والبيع ويفسخ أيضًا، قال في "الجواهر": وهو من باب جمع الرجلين سلعتيهما، وسيأتي بيان الخلاف في ذلك إن شاء الله تعالى. وما ذكره المصنف وهو نص كلام ابن القاسم في "العتبية"، ولا يريد أن الأب يأخذ عوض الدار، بل قرروا أن الأب وهب تلك الدار لابنته، ثم باع الدار وزوج الابنة في عقد واحد، ووجه الشبه بين هذه المسألة، والتي قبلها ظاهر؛ لأن الزوج مقابلة بضع ودار، أما لو تزوجها على غير صداق مُسَمى بأن تزوجها تفويضًا على أن أعطاها الأب دارًا لصح النكاح وفرق بينهما.

ابن محرز: بأن الدار ههنا هبة خالية عن العوض، وفي المسألة الأولى كانت مقابلة لبعض الصداق.

(ص): **(وإذا جعل رقبة العبد صَدَاقًا لزوجته فسد مُطْلَقًا؛ لأن إثباته يرفعه بخلاف الخمر)**

(ش): يعني: إذا زوج الرجل عبده امرأة، وجعل امرأة وجعل صداقها رقبته فسد مطلقًا؛ أي: قبل الدخول وبعده؛ لأن إثبات النكاح يُوجب كون الصداق الذي هو العبد ملكًا للزوجة، وثبوت ملكها له يرفع النكاح؛ لما تقدم أن النكاح والملك لا يجتمعان، وهذا معنى قوله: (لأن إثباته يرفعه).

وقوله: (بخلاف الخمر)؛ أي فإن النكاح يثبت بعد البناء.

(ص): **(وفيها: وإذا زوج أمته على أن ما ولدت حر لم يقر، ولها المسمى بالدخول، وقيل: الأصح صداق المثل)**

(ش): أي: يفسخ قبل البناء وبعده، ونقل في "البيان " الاتفاق على ذلك، قال: ولا يبعد دخول الخلاف فإن يفسخ قبل البناء فقط؛ لأنه فسد لشرط فيه. انتهى.

ولعله إنما لم يقر؛ لأنه بيع الأجنة بزيادة في الصداق، وكذلك يشكل مذهب " المدونة[1]" في إيجاب المسمى.

المتيطي: لأن مقصود الزوج لم يحصل ولم يرض بدفع ذلك القدر إلا على استدامة النكاح فإذا لم يوف له بذلك وفسخ النكاح وجب أن ينقص الزوج بقدر ما فاته.

وقوله: (وقيل: الأصح صداق المثل)، هذا القول حكاه ابن يونس، وقال: إنه الأقرب، وكذلك قال ابن بشير: إنه الأقيس.

خليل: وفيه نظر؛ لأن الصداق المثل قد يكون أكثر من المسمى، فالذي يظهر هنا أن يكون لها الأقل من المسمى وصداق المثل، وهل هذا الإشكال هو الذي أوجب عدم جزم المصنف بأن الأصح صداق المثل ولم يتعرض المصنف الولد، ونص في "المدونة[2]" وغيرها على أنه حر بالشرط وولاؤه لسيده ولا قيمة على الزوج فيه.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٥.

فرع:

فإن استحقت أخذها المستحق وولدها ورد عتقه؛ لأن العتق فيه إنما كان من السيد لا من الأب، قاله ابن القاسم في "العتبية"، وليس للأب أن يعطي السيد القيمة إلا برضاه، ولا للسيد أن يلزم الأب ذلك بخلاف الأمة الغارة، والفرق أنه هنا شرط حرية الولد غيره مالك الرقبة، ومتزوج الغارة أنها تزوج حرة في ظنه وأن ولده منها حر من أصله، فوجب أن يكون حرًّا وبذلك قضى عمر.

فرعان:

الأول: لو زوج أمته على أن أوَّل ولدٍ تلده حُرٌّ، فَفِي سَمَاعِ عِيسَى ويحيى أنه يفسخ مُطْلَقًا كالأول، وقال ابن الماجشون: إذا لم يعثر على لك حتى ولدت فَلا يفسخ؛ لأن الشرط قد ذهب، قال في "البيان": وقوله يأتي على رواية ابن القاسم عن مالك في "المدونة[1]" في نكاح المريض والمريضة أنهما إذا صَحَّ قبل الفسخ ثبت النكاح لذهاب عِلَّةِ الفسخ.

الثاني: إذا زوج عبده من أمة غيره على أن ما تلده يكون بينهما، فروى ابن المواز أنه يفسخ مطلقًا، قال: والولد لسيد الأمة، وحكى أبو الفرج أن الولد بينهما، ولها مهر المثل بالمسيس، فإن كان أكثر من المُسَمَّى، فقال بعض القرويين: لا يُزَادُ عَلَى المسمى على رواية محمد؛ لأن الزوج زاد في مهرها على شرط لم يحصل له، وعلى ما قاله أبو الفرج يكون له الزائد لحصول غرضه.

(ص): **(وإذا شرط ما يُنَاقِضُ مُقْتَضَى العقد مثل: أن لا يَقْسِمَ لَهَا، أو يُؤْثِرَ عليها فكالصداق الفاسد، وما لا يُنَاقِضُهُ يُلْغَى، فَإِنْ كَانَ لَهَا فيه غرض مثل: أن لا يتزوج عليها، ولا يَتَسَرَّى، أو لا يخرجها من بلدٍ أو بيتٍ فمكروه. قال مالك: لقد أشرت على القاضي أن ينهى الناس عن ذلك، وليس بلازم)**

(ش): حاصله: أن الشروط في النكاح على ثلاثة أقسام:

الأول: ما يناقض مقتضاه مثل ألا يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا نفقة أو لا ميراث لها فالكصداق الفاسد؛ أي يفسخ قبل البناء ويثبت بعده على المشهور، وهكذا قال في "الجواهر".

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٥.

ابن عبد السلام: نقل بعضهم الاتفاق على لك وأشار إليه، ونقل ابن القاسم فيما إذا تزوج على ألا نفقة أو لا ميراث أنه يفسخ بعد البناء، وحكى اللخمي فيها وفي نكاح النهارية، أو على أن يؤثرها على غيرها، أو إلا يعطيها الولد، أو على أن أمرها بيدها، بعد أن ذكر أن هذه الشروط لا يصح الوفاء بها ثلاثة أقوال، فقيل: يفسخ قبل البناء فقط، وقيل: يفسخ قبله وبعده.

ابن زياد: إن تزوجت على ألا ميراث لها، أو لا يعطيها الولد، أو على أن أمرها بيدها، فعلم بذلك قبل الدخول أو بعده قيل للمرأة أمرك بيدك الآن، فإن اختارت فراقه كان ذلك لها، وإن لم تختر فلا شيء لها ويقيمان على نكاحهما، وإن مَسَّها بعد أن جعل الأمر إليها فلا خيار لها.

اللخمي: وهذا هُو أحد الأقوال في الشروط الفاسدة في البيع أن مشترطها بالخيار بين أن يسقطها، فيمضى البيع أو يتمسك بها فيفسخ، وهذا هو المنقول، وسلك ابن بشير طريقة أخرى فقال: الشرط إن عاد بخلل في العقد فسخ قبل البناء، وفي فسخه بعد البناء قولان، وإن عاد بخلل في الصداق، فثالثها: يفسخ قبله لا بعده، وهي حسنة من جهة الفقه، إلا أن الأنقال لا تساعده.

القسم الثاني: ما لا يناقضه بل يكون العقد يقتضيه وإن لم يذكر، كشرطه أن ينفق عليها أو يبيت عندها ولا يؤثر عليها ونحو ذلك، فوج ذلك وعدمه سيان، ولا يُوقع في العقد خللا ويحكم به ترك أو ذكر، وإلى هذا أشار بقوله: وما لا يناقضه يُلْغَى.

القسم الثالث: ما لا تَعَلُّق له بالعقد، فلا يقتضيه ولا يَنْفِيهِ، وللمرأة فيه غرض كشرط ألا يتزوج عليها، فذكر المصنف أنه مكروه ملغى، وقَسَّمَهُ اللخمي وغيره على ثلاثة أقسام: جائز، ومكروه مختلف فيه.

الأول: أن يشترط ألا يضر بها في نفسها ولا مالها ولا في نفقة ولا كسوة، وكل ذلك جائز وداخل في قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:١٩].

والثاني: أن يشترط إسقاط مَا لَه أن يفعله دُون أن يعلقه بشيء، مثل ألا يتزوج عليها ولا يتسرى أو لا يُخْرِجَهَا مِنْ بَلَدِهَا أو بيتها، فهذا مكروه لما فيه من التحجير، فإن نزل فالنكاح جائز.

مالك: والشرط باطل، وله أن يخرجها ويتزوج ويتسرى ويستحب له الوفاء بذلك.

وقال ابن شهاب: يلزمه ذلك وهو أحسن لما في "الصحيحين": "إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ

تُوَفُّوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ"[١].

والثالث: أن يشترط إسقاط ما له أن يفعله بعتقٍ أو تمليك أو طلاقٍ، فاختلف في ذلك، فقال مالك في "الموازية": لا يحل الشرط ابتداء فإن وقع الدخول رأيته جائز النكاح ولزم الشرط، وقال ابن القاسم في "الموازية": فِيمَنْ تَزَوَّجَ امرأة على أنَّه إِنْ أَضَرَّ بها أو شرب خمرًا أو غاب عنها، فأمرها بيدها، فذلك يُكره أن يعقد عليه، فإن وقع الدخول رأيته جائزًا.

اللخمي: وأجاز ذلك سحنون ابتداءً وزوج غلامه أمته، على أنه إن سرق زيتونة فأمر امرأته بيدها، وأنكر ابن بشير على اللخمي وجود هذا القول، وقال: فعل سحنون لا يَدُلُّ عَلَى أن مذهبه الجواز؛ لأنه قد يستخف مثل هذا للضرورة، وأيضًا فإن فعل أحد لا يدل على الجواز إلا من وجبت له العصمة وفيه نظر؛ لأنَّ العلماء لم تزل تستدل على مذاهب العلماء بأفعالهم لا سيما مثل سحنون الذي هو أشد الناس ورعًا، بل فعل أهل الورع أقوى في الجواز من قولهم؛ لأنه يفتي الغير بالجوار، ويتورع هو من فعله. وقوله: (إن فعل أحد) لا يَدُلُّ عَلَى الجواز، إن أراد أنه لا يكون حجة فصحيح، وإن أراد أنه لا يَدُلُّ عَلَى أن مذهبه الجواز فممنوعٌ لِمَا ذَكَرْنَا، وقول المصنف في القسم الثالث: (مكروه) سبب الكراهة فيه واضح؛ لأن فيه تفويت غرض المرأة، ولهذا قال ابن شهاب وغيره بلزوم الشرط هنا.

وقوله: (وقال مالك... إلخ) هذا مختصر من " العتبية " ونصها: أشرت على القاضي منذ دهر أن ينهى الناس ألا يتزوجوا على الشروط وألا يزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وأنه كتب بذلك كتابًا وصيح به في الأسواق.

ولمالك في "العتبية " أيضًا: لا ينبغي لأحد أن يشهد كتابًا فيه شروط بحريةٍ أو طلاق أو مشي إلى مكة.

ونصَّ ابن شعبان على معاقبة الشاهد في نكاح فيه شروط من ترك نكاح غيرها أو طلاق أخرى.

سحنون: ولا ينبغي للموثق أن يكتب أن الداخلة طالق ثلاثًا، ولا ينبغي لأحد أن يكتب شهادته فيه وكان يستحق فالدخلة طالق واحدة.

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢٧٢١) ومسلم، برقم (١٤٢١).

(ص): (وضعت له شَيْئًا مُعَيَّنًا من صداقها بعد العقد رجعت بِهِ إِنْ خَالَفَ، وإن خففت قبله، ولم تعين لم ترجع، وقيل ترجع إن كان نقص من صداق المثل، وإن عينت فقولان، فإن كان ذلك على يمين عليه لم ترجع في الجميع)

(ش): حاصله: أنها إن وضعت شيئًا من صداقها على إلا يتزوج عليها أو لا يتسرى ونحو ذلك، وفرعنا على قول مالك بعدم اللزوم فتزوج، فإن كان الشرط معلقًا بطلاقٍ أو عتقٍ أو تمليكٍ فليس لها رجوع للزوم الطلاق والعتق، وإلى هذا أشار بقوله آخر المسألة: (فإن كان ذلك على يمين عليه لم ترجع في الجميع)؛ أي في جميع الصور سواء كان ذلك بعد العقد أو قبله، وإن لم يكن مُعَلَّقًا بيمينٍ فثلاث صور:

الأولى: أن تضع له شيئًا مُعَيَّنًا مِنْ صَدَاقِهَا بعد العقد، كَمَا إذا كان صداقها ألف فوضعت منه شيئًا، إما عَدَدًا أو جُزْءًا، فإنها تَرْجِعُ إِنْ خَالَفَ، وهذا مَعْنَى قوله: (فإن وضعت له شَيئا معينا من صداقها بعد العقد رجعت به)

يريد: أو أعطته شيئًا من مالها، وإنما ذكر الصداق؛ لأنه قد يتوهم أن أمره خفيف، فنَبَّهَ رحمه الله بالأخف على الأشد، وكلام المصنف في هذه الصورة قريب من كلامه في "المدونة[1]"، وذلك يدل على أن ذلك عقد جائز، ومنعه في "السليمانية " وكتب المدنيين؛ لأن له أن يُوَفِّي وألا يُوَفِّي، فصار ما تعضيه تارة ثمنًا وتارة سلفًا، ووجه الأول أنهما دخلا على الوفاء بالشرط وإن خالف بعد ذلك، فأمر طارئ.

الصورة الثانية: أن تخفف قبل العقد ولم تعين، بَل قَالَتْ له: أتزوجك مثلا بألفٍ، وعلم أن صداق مثلها ألفان، فالمشهور أنها لا ترجع، وبه أخذ أصبغ وغيره، وحكى في "الجواهر " ثلاثة أقوال: الأول: ترجع بما تركته، وفي الكتاب: لا ترجع. وقال علي بن زياد: ترجع إن كان وضعته من صداق المثل دُون أن يكون من الزائد، رواه ابن نافع، وعلى الرجوع بتمام صداق المثل، فلو تنازعا فالقول قولها: أنها تَرَكَتْ لأجل الشرط، وكأن المصنف أسقط القول بالرجوع مُطْلَقًا؛ لما قاله ابن بشير: أنَّ الأشياخ ردوه إلى الثالث.

الصورة الثالثة: أن تضع بعد التعيين وقبل العقد، مثاله: لو تقرر أن صداقها ألف، ثم قالت له: أسقطت عنك مائتين على ألا تتزوج علي، فالمشهور أيضًا أنها لا ترجع،

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٦.

وَمُقَابِلُهُ رواه أشهب عن مالك: أنها ترجع بما وضعت، وصوَّبه ابن يونس.

ابن عبد السلام: وحكى غير واحد أنها ترجع بالأقل مما نقصت ومن تمام صداق المثل.

ففي المسألة على هذا ثلاثة أقوال، وظاهر كلام المصنف وكلام غيره فيما إذا وضعت بعد العقد: أنها تخرج عليه سواء خالف عن قرب أو بعد تحقيقًا للوضيعة، وقاله ابن عبد السلام، وأشار ابن عبد السلام إلى أنه ينبغي أن يفرق في ذلك بين القرب والبعد، كما فرقوا إذا أراد طلاقها فوضعت من صداقها أو سألها الحطيطة، فقالت: أخاف أن تطلقني، فقال: لا أفعل، فخففت ثم طلقها، أو أعطت زوجها مَالا عَلَى أَنْ يُطَلِّقَ ضَرَّتَهَا، فيطلقها ثم يريد مراجعتها، وكما قالوا: إذا سأل البائع المشتري الإقالة، وقال المشتري: إنما مرادك البيع لغيري لأجل إن اشتريتها برخص، فيقول له البائع: متى بعتها فهي لك بالثمن الأول، أنه إن باع عقيب الإقالة أو قريبًا منها فللمبتاع شرطه، فإن باع بعد الطول أو بحدوث سبب اقتضاه فالبيع ماض، والكلام على الشروط متسع، انظر " المتيطية"، واقتصرنا على ما ذكره المصنف تبعًا له.

(ص): (**أما لو أصدقها ألفًا على أَنَّهُ إن كانت له امرأة أخرى، فألفان فَصَدَاقٌ فَاسِدٌ**)

(**ش**): لأنه لا ندري حين العقد ما يصح لها، فصار صداقها مجهولا.

(ص): (**وإذا قال: زوجني بألفٍ فَزَوَّجَهُ بألفين ولم يعلم واحد بالتعدي قبله فإن كان قبل الدخول، فإن رضيت بألف أو رضي بألفين لزم، وإن لم يرضيا لم يلزم الزوج**)

(**ش**): هذه المسألة في النكاح الأول من " المدونة[1]" وأكثر الناس الكلام عليها، وذكر المصنف منها جملة صالحة، ومعنى كلامه: إذا وكَّل رَجُلا على أن يزوجه بألف فزوجه بألفين، ولم يعلم واحد من الزوجين بالتعدي قبل العقد، وعلم بذلك قبل الدُّخول، وقامت على التوكيل بالألف بينة وعلى التزويج بالألفين بينة، أو حصل التصادق في ذلك، أو قامت البينة على أحد الأمرين وحصل التصادق في الآخر، فالحكم كما قاله المصنف: إن رضيت المرأة بألف أو رضي الزوج بألفين لزم النكاح، وإن لم يرض واحد منهما بقول الآخر فسخ النكاح، قال في "المدونة": بطلاق.

ابن يونس: وقال المغيرة: بغير طلاق.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٦.

ابن القاسم: وسواء في ذلك قال له: زوجني فلانة، أو قال: زوجني، ولم يقل فلانة.

ابن عبد السلام: وعدم التفرقة في المرأة بين أن تكون معينة أم لا هو ظاهر المذهب.

وقال أصبغ: إذا لم يعين الزوج ينبغي أن يكون القول قول الأم إذا أشبه ودخل؛ لأنها فرطت، وإذا عين له امرأة ولا يشبه ما قال أن يكون صداقها فالقول قول الرسول، هكذا نقل التونسي عنه واختاره.

قال ابن عبد السلام: وإن كان لفظه هكذا فليس فيه كبير مخالفة للمشهور، قيل: وإن أقر الوكيل هنا بالتعدي - يعني: قبل الدخول - لزمته الألف الثانية، وفيه نظر من وجهين:

أحدهما: أنه لم يفوت بتعديته شيئًا فلا يضمن.

والثاني: أنه لو ضمن بالإقرار لضمن مع قيام البينة.

(ص): (ولو قال الوكيل: أنا أغرم الزائد، ففي إلزام الزوج قبوله قولان)

(ش): هذا مذهب " المدونة[1]" وهو المعروف، ولم يلزم الزوج قبول الزائد لوجهين:

أحدهما: أن ذلك عطية من الوكيل فلا يلزم قبولها.

والثاني: لما عليه في ذلك من ضرر زيادة النفقة، فإن نفقة من صداقها ألفان غير نفقة من صداقها ألف، وذكر ابن بشير قولا آخر باللزوم، ووقع في بعض النسخ التنبيه عليه.

(ص): (ولكل فسخه، ولكل تحليف الآخر حيث لا يعد نكوله كإقراره، وإن لم تقم بينة بذلك فإن نكل لزم)

(ش): يعني: ولكل من الزوجين فسخه إذا لم يرض بقول الآخر كما تقدم.

قوله: (ولكل تحليف الآخر) اعلم أن هذه المسألة لها أربع صور:

الأولى: أن تقوم للرجل على التوكيل بالألف بينة وللمرأة على التزويج بالألفين بينة.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٧.

والثانية: ألا يقوم على كل منهما بينة.

والثالثة: أن تقوم للرجل بينة على التوكيل بالألف، وليس على التزويج بألفين بينة، وإنما الوكيل يصدقها.

والرابعة: عكس الثالثة، والحكم في الجميع ما قدمه المصنف أن لكل منهما الرضا بقول الآخر وإلا انفسخ.

وقوله: (ولكل تحليف الآخر) فيما يصير إقراره إن لم تقم بينة خاص بالثلاث الأخيرة.

فإذا لم يكن على الوكيل بالألف بينة كان للزوجة أن تحلف الزوج أنه لم يأمره إلا بالألف، فإن نكل لزمه النكاح بالألفين، وإن حلف قيل للزوجة: إما أن ترضي بالألف وإلا انفسخ النكاح. وكذلك إن قامت له بينة، ولم يكن على التزويج بالألفين بينة فله أن يحلفها أنها لم ترض بالألف، فإن نكلت لزمها النكاح بالألف، وإن حلفت قيل للزوج: إما أن ترضى بألفين وإلا فسخ النكاح.

وكذلك إن قامت له بينة ولم يكن على التزويج بالألفين بينة، فله أن يحلفها أنها لم ترض بالألف وإن نكلت لزمها النكاح بالألف، وإن حلفت قيل للزوج: إمَّا أن ترضى بألفين إلا انفسخ النكاح.

وعلى هذا فقوله: (فإن نكل لزم)؛ أي: وإن نكل من توجهت عليه اليمين من الزوجين (لزم)؛ أي: النكاح بما ادعاه عليه الآخر، وهذا ظاهر إذا قامت لأحدهما بينة دون الآخر، وإن لم تقم لواحد منهما بينة، فنص ابن يونس وغيره على أن الحكم فيها كاختلاف الزوجين في الصداق قبل البناء، فتحلف الزوجة أن العقد كان بألفين، ثم يقال للزوج: ارض بذلك أو احلف أنك ما أمرته بألفين، ويفسخ النكاح إلا أن ترضى الزوجة بألف، وكلام المصنف لا يُنافيه؛ لأن قوله: (ولكل تحليف الآخر) لا دلالة فيه أن لمن شاء منهما أن يحلف صاحبه أولا.

(ص): (ولا ترد لأنها يمين تهمة إلا أن يدعي تحقيقًا فترد)

(ش): يعنيِ: إذا توجهت اليمين على أحد الزوجين ونكل لزوم لكل منهما مَا ادَّعَاهُ الآخر بنكوله، وليس له أن يرد اليمين على صاحبه؛ لأنها يمين تهمة، وأيمان التهم لا ترد، فإن ادَّعَى أحدهما على صاحبه التحقيق بأن تقول: أنا أتحقق بأنك أمرت الوكيل أن يزوج بألفين، أو يقول الزوج: أنا أتحقق أنك رضيت بألف، فحينئذٍ لا يلزم

الحكم بمجرد النكول وترد اليمين.

(ص): (**وإن كان بعد الدخل لزم بألف، وقيل: بصداق المثل**)

(ش): ما صدر به ومذهب " المدونة[1]"، زاد فيها: ولا يلزم المأمور شيء؛ لأنها صدقته وهو المشهور، وقيده ابن المواز بما إذا حلف الزوج، قال: وأما إذا نكل حلفت الزوجة وأخذت الألفين.

ابن محرز: وهذا إذا لم تكن لها بينة على عقد النكاح بألفين، فإن كان لها بينة لم تحلف وغرم الزوج الألفين، والقول بإلزام الزوج صداق المثل لعبد الملك، وينبغي أن يقيد بما إذا كان صداق المثل ألفًا فأكثر، وأما إذا كان أنقص فلا ينص؛ لأن الزوج رضي به، وكذلك إذا زاد على الألفين فلا يزاد عليهما؛ لأنها رضيت بهما.

تنبيه:

ما ذكره في "المدونة[2]" من أنَّه لا يلزم الوكيل شيء، إنَّمَا هُو إذا لم يقر بالتعدي أو لم تَقُم عليه بينة، وأما إذا أَقَرَّ بالتعدي أو قامت عليه بينة، فقد بين المصنف حكمه بقوله:

(ص): (**وفي إلزام الوكيل الزائد بالأقرار وبالتعدي أو بالبينة قولان**)

(ش): المشهور الغرم، قال في "المدونة[3]": وإن أقر المأمور بعد البناء بالتعدي غرم الألف الثانية والنكاح ثابت، والقول بعدم اللزوم لمالك في "مختصر ما ليس في المختصر" وهو مبني على أن الغرر بالفعل لا يُوجب غرامة، وقيام البينة على الوكيل بالتعدي كالإقرار، واعلم أن المصنف سلك هُنَا طريقة غير ما سلكها اللخمي وابن بشير وابن شاس؛ لأنهم حكوا: إذا دخل وأقر الوكيل بالتعدي أو قامت عليه البينة ثلاثة أقوال: المشهور، وما في "المختصر"، وإلزام الزوج صداق المثل والوكيل الباقي، وكأن المصنف عدل عن ذلك؛ لأنه رأى أن ما ذكره أعم فائدة؛ لأن قوله: (إلزام الوكيل الزائد) يشمل الألف وما زاد من صداق المثل على الألف، على القول بإلزامه ذلك بخلاف ما قاله اللخمي؛ لأنه لا يتناول ما زاد على صداق المثل، فكانت طريقة المؤلف ولى، وهذا وإن كان حسنًا لكن هذه الفائدة وأمثالها ليس مدركها الاستدلال وإنما

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٨.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٨.

تُؤخذ من النقل، فإن وجد عدم إلزام الوكيل الزائد، على القول بأن الزوج يغرم صداق المثل؛ كانت طريقة المؤلف أولى وإلا فلا.

(ص): **(ففي تحليفها له قولان)**

(ش): لفاء للسببية؛ أي: لما اختلف في غرم الوكيل، نشأ عن ذلك خلاف في تحليف المرأة له، فَعَلَى القَولِ بِأَنَّ لَهَا أن تغرمه لها أن تحلفه إن اتهمته أو حققت عليه العداء، وعلى القول بعدم التغريم، فلا تحلفه؛ لأن غاية النكول أن يعد كالإقرار، وهو لو أقر به لم يلزمه شيء، والقولان اللذان ذكرهما المصنف في تحليفها الوكيل حاصلان فيما إذا قامت البينة على عقد النكاح بألفين، وحصل الدخول ولم يقم على التوكيل بينة، وكذلك هما حاصلان إذا لم تقم على عقد النكاح بينة، وحلف الزوج وأدى ألفًا، وأما إن نكل فقال اصبغ: للزوج إن نكل وغرم الألف الثانية أن يحلف الرسول فإن نكل أغرمه ما غرم.

محمد: وهو غلط ولا يمين على الرسول؛ لأنه لو نكل لم يحكم عليه إلا بعد يمين الزوج، والزوج قد نكل عن اليمين حين لم يحلف للمرأة.

(ص): **(فإن علم أحدهما بالتعدي قبله، فالزوج ألفان والزوجه ألف)**

(ش): يعني: أن ما تقدم إنما هو إذا لم يحصل علم من أحد الزوجين، فإن علم أحدهما بتعدي الوكيل قبل الدخول، فإن كان الزوج فقط، فعليه ألفان؛ لأن دخوله رضًا بالألفين، وإن علمت الزوجة فتمكينها من نفسها رضًا منها بالألف؛ لأن الألف الأخرى محض عداء.

(ص): **(فإن عَلِمَا وعلِم كُلٌّ بعلم الآخر فَأَلْفَانِ)**

(ش): أي: فإن علم كل واحد من الزوجين بالعداء، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بأن الوكيل تَعَدَّى بالواجب، للزوجة ألفًا؛ لأَنَّ الزوج لما علم بتعدي الوكيل ودخل على ذلك، والمرأة علمت بأن الزوج دخل على ذلك وجب أن يكون لها ألفان، وينبغي ألا تكون لها الألف الثانية بكمالها، بل تقسم بينهما كما في المسألة التي بَعْدَ هَذَا؛ وهي قوله:

(ص): **(فإن لم يعلم أحدهما بعلم الآخر، فالرواية: ألفان، وقيل: العدل أَن يكون الزائد بينهما)**

(ش): قوله: (فالرواية) نَظَرًا إلى مَا دخل عليها الزوج.

قوله: (وقيل) هو قول اللَّخمي وتبعه غير واحد من المتأخرين؛ لأن الزوج وإن دخل على ألفين فالزوجة أيضًا قد دخلت على أن لها ألفًا، فتقسم الألف الزائدة بينهما.

(ص): (**وبالعكس ألفان**)

(**ش**): يعني: إذا علم الزوج بتعدي الوكيل، وعلمت المرأة بتعديه وبأن الزوج علم بالتعدي ولم يعلم هو بعلمها، فعلى الزوج ألفان؛ لأنها تقول له: أنت دخلت على ذلك.

(ص): (**والمعتبر في الجميع لزوم ما دخل عليه**)

(**ش**): هذا من المصنف رحمه الله بيان للعلة في جميع المسائل المتقدمة، والله أعلم.

(ص): (**وإذا أذنت بالتزويج خاصة، فزوجت بأقل من مهر المثل لم يلزمها العقد بخلاف الأب يزوج المجبرة**)

(**ش**): يعني: إذا أذنت اليتيمة المالكة لأمرها لوليها في التزويج خاصة، ولم تسم له قدر المهر؛ فإن زوجها بمهر المثل لزمها، وإن زوجها بأقل لم يلزمها النكاح بِاتِّفَاقِ نقله في "البيان"، كتوكيلها على بيع سلعة في الوجهين، وانظر لو رضي الزوج بتمام صداق المثل بعد أن أبت، والأقرب لزوم النكاح إن كان بالقرب.

وقوله: (بخلاف المجبرة) أي: فإن للأب أن يزوج ابنته بأقل من صداق مثلها، وقد تقدم ذلك.

(ص): (**وإذا اتَّفَقَا على صَدَاقِ السِّر وأعلنا غيره فالصداق ما في السر**)

(**ش**): يعني: إذا ظهر الزوجان صَدَاقًا وأخفيا دونه أو مخالفًا له في الجنس أو الصفة فالعمل على ما في السر، وهذا ظاهر إن اتفق الزوجان على ذلك، وأما إن ادعت الزوجة الرجوع عنه إلى ما في العلانية، فإن كان شهود السر شهدوا أن العلانية لا أصل لها وأن المعمول على ما أسرَّا، فلا يمين على الزوج، وإن كان إنما شهدوا بأن النكاح وقع بخمسين مثلا، ثم أعلنوا مائة ولم يشهدوا بإبطال ما في العلانية فأن الزوج يحلف، قاله اللخمي وعياض وابن شاس، وأقام بعض المتأخرين من هنا إعمال شهادة الاسترعاء.

فرع:

إذا تزوجها بثلاثين دينارًا عشرة منها نقدًا وعشرة إلى سنة، وسكت عن العشرة

الثانية، فالروايات: أن العشرة المسكوت عنها ساقطة، ولو كان ذلك في البيع لكانت العشرة الأخرى حالة، والفرق أن النكاح قد يظهر فيه غرر ويكون في السر دونه، فيكون سكوتهم عن تلك العشرة دليلا على إسقاطها، ولا كذلك البيع.

(ص): (**لقوله التفويض: جائز؛ وهو إخلاء العقد من تسمية المهر**)

(**ش**): لقوله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] فأباح الطلاق في النكاح الذي لم يفرض فيه يدل على صحته، وأيضًا فإنه قد رفع الجناح مع عدم الفرض، وذلك يقتضي رفع الإثم عن العقد.

الباجي: ولا خلاف في جوازه وصحته، قال: وصفته أن يصرحوا بالتفويض أو يسكتوا عن ذكر المهر قاله أشهب وابن حبيب.

وهذا معنى قوله: (وهو إخلاء العقد من تسمية المهر).

(ص): (**فإن صرح بإسقاطه فسد كالخمر**)

(**ش**): أي: فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل على المشهور، وَأَفَادَ تشبيهه بالخمر أن في هذه المسألة الثلاثة الأقوال المتقدمة وهو صحيح، فقد حكى في "المدونة[1]" في فسخه بعد البناء قولين، واستحسن ابن القاسم فيها عدم الفسخ، وحكى ابن شعبان أن هذه الصورة كنكاح التفويض، وعليه فلا يفسخ قبل البناء، ولا بعده ويكون لها صداق المثل، وقال ابن حبيب: يخير الزوج قبل البناء بعد أن يفرض ربع دينار أو يُفَارِقَهَا ولا شيء عليه، وقال: لا يجبر على فرض ربع دينار؛ لأنه دخل على ألا شيء عليه، وفي تشبيهه بالخمر أيضًا فائدة أخرى، وذلك أنه لو اقْتَصَرَ على قوله: (فَسَدَ) لتوهم أن فساده لعقده.

(ص): (**ولفظ: وهبت من غير ذكره مثله**)

(**ش**)، أي: ولفظ الهبة من غير ذكر الصداق كالتصريح بالإسقاط.

ومن " المدونة[2]": قال ابن القاسم: وليس الموهوبة إذا لم يسموا معها صداقًا كالتفويض، وكأنه قال في الهبة: قد زوجتكها بلا صداق، فلا يصح ولا يقر هذا النكاح ما لم يدخل بها، فإذا دخل بها فلها صداق مثلها ويثبت النكاح.

سحنون: وقد كان قال: يفسخ وإن دخل بها.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٩.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٣٩.

ابن المواز: وقاله أشهب، وابن عبد الحكم، وأصبغ.

أصبغ: لأن فساده في البضع.

أشهب: ويكون لها إذا فسخ ثلاثة دراهم.

وقال ابن وهب: بل صداق المثل.

ابن راشد: والأول أقيس؛ لأن الثلاثة من حق الله، والزائد قد وهبته للزوج.

(ص): (**وفيها: قال ابن شهاب في التي وهبت نفسها لرجل فَمَسَّهَا: يُعَاقَبَانِ، ويُفَرَّق بينهما**)

(ش): اعلم أن الصورة الأولى قصد فيها ولي النكاح وهبة الصداق، وهذا قصد فيها هبة نفس المرأة، ونص في هذه على الفسخ قبل البناء والثبات بعده، واعترضه الباجي وقال: يفسخ قبل البناء وبعده، وهو زنى يجب فيه الحد وينتفي الولد وهو ظاهر.

لكن ظاهر قول ابن شهاب: (يُعَاقَبَانِ) أنه لا يبلغ معاقبتهما الحد.

ربيعة: ويفرق بينهما وتعاض، وسواء وهبت نفسها أو وهبها أهلها، قاله في "المدونة[1]".

ابن عبد السلام: وأشار بعض الشيوخ أن كلام ربيعة إنما يناسب أن يكون في المسألة الأولى لا في مسألة ابن شهاب.

(ص): (**والمفوَّضَةُ تستحقُّ مهر المثل بالوطء لا بالعقد ولا بالموت على المشهور**)

(ش): أما استحقاقها مهر المثل بالوطء فلا خلاف فيه كما بالعقد، فلو طلقها قبل الفرض فلا تستحق شيئًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] مفهومه: فإن لم تفرضوا لهن شيئًا؛ لم يكن لهن شيء.

قوله: (ولا بالموت على المشهور) أي: ولا تستحق المهر بالموت على المشهور؛ لأنه إنما يتكمل بالموت ما يتشطر بالطلاق. وحكى عبد الحميد قولا شاذًا: أنه يجب لها بالموت، وهو قول ابن مسعود وجماعة، والمشهور قول علي، وابن عمر، وزيد بن

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٠.

ثابت، وأكثر الصحابة.

مالك في "الموازية": وليس العمل على قول ابن مسعود. واختار ابن العربي وغيره الشاذ؛ لما رواه الترمذي وصححه: "أَنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِهِ".

(ص): (**ولا تستحق النصف بالطلاق إلا أن يفرض شيء بعد العقد فيكون كمُسَمًّى في العقد...**)

(ش): أما إذا طلق قبل الفرض فلا خلاف أنه لا شيء لها، قاله ابن عبد السلام.

وقوله: (إلا أن يفرض شيء)؛ يعني: فإنه إن فرض ثم طلق فإنه يتشطر ذلك المفروض، ولا إشكال فيه إن فرض صداق المثل أو دونه ورضيت، وأما إن كان أقل من صداق المثل، ولم ترض به، فإنه إذا طلق؛ يُرَدّ عليه.

محمد: ولا يقبل منها بعد الطلاق أنها رضيت به قبله إلا أن تقدم بيّنة.

مالك: وإن قدم الزوج شيئًا، ثم أدخلوها عليه، ثم طلبوا بقية مهرها فلا شيء لهم إلا أن يكون ذلك المقدم لا يشبه أن يكون صداقًا كالدرهمين والثلاثة، ومثل الطعام يبعث فترجع عليه بصداق مثلها.

واستشكل بعض القرويين قوله: (إذا طلبوا البقية فلا شيء لهم)؛ لأن لهم أن يقولوا: أردنا اتباعه ببقية الصداق.

(ص): (**وللمرأة طلب التقدير قبل الدخول، فإن وقع الرضا وإلا فُسِخَ إلا أن يبذل صداق مثلها فيلزمها ولا يلزمه، كواهب سلعة للثواب، فيلزمه أخذ القيمة، ولا يلزم الموهوب له القيمة...**)

(ش)، يعني: أن من حق المرأة ألا تمكِّن من سلعتها حتى تعلم ثمنها، ولابن شاس نحوه لقوله: وللمرأة طلب الفرض لتقدير التشطير أو لتعرف ما تستحق بالمسيس، ولها حبس نفسها للفرض، وقال ابن عبد السلام: إنما جعل لها في المدونة[1] طلب التقدير إذا أراد الزوج البناء، والذي قاله في "المدونة" هو الصحيح، وعليه يتأول قول المؤلف، وإلا فلا فائدة فيما قاله المؤلف إن حمل على ظاهره.

خليل: ولم أر ما ذكره عن " المدونة[2]" فيها. وقوله: لا فائدة فيما قاله المصنف، ليس بظاهر؛ لأن الفائدة ظاهرة مما تقدم من كلام ابن شاس، والله أعلم.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤١.

قوله: (فإن وقع الرضا وإلا فسخ النكاح) أي: بطلاق؛ لأنه صحيح إلا أن يبذل الزوج صداق مثلها فيلزمها، ولا مقال لها.

(ولا يلزمه) أي: ولا يلزم الرجل ابتداءً أن يفرض صداق مثلها؛ لأن المرأة هنا بمنزلة من وهب لرجل سلعة للثواب، فإن الموهوب له إن دفع القيمة لزم الواهب قبولها، ولا يلزم الموهوب له أن يعطي القيمة، وعلى هذا فالزوج هنا كالموهوب له، وقد يُفْهَم من قوله وقول صاحب " الجواهر": (وللمرأة طلب التقدير) أن لها أن تمكِّن من نفسها قبل الفرض؛ لأن اللام تقتضي أن ذلك من حق المرأة، ومن له حق جاز له تركه، وعلى هذا فلا يكون التقدير قبل البناء واجبًا.

وفي "المدونة[1]": ليس للزوج البناء حتى يفرض، وقريب منه في "الرسالة"، لكن نص أبو الحسن: أن ذلك على الاستحباب.

وفي "المقدمات": إنما يجب تسمية الصداق عند الدخول، فظاهره أن التقدير قبل البناء واجب.

ابن حبيب وغيره: ولا ينبغي أن يبني بالمفوضة ولا يخلو بها؛ حتى يقدم ربع دينار فأكثر.

(ص): (وفيها: فإن فرض في مرضه فمات لم يجز؛ لأنها وصية لوارث إلا أن يطأ فترد ما زاد على المثل خاصة....)

(ش): لأنها لما لم تستحق الصداق بالموت، جعلوا ما فرضه لها وصية لوارث فتبطل إلا أن يجيزه الورثة، ولا خلاف في إرثها لصحة النكاح.

واختلف إذا لم يدخل وكانت ذمية أو أمة، فقال ابن المواز ونقله عن مالك: يكون لها ما فرض من الثلث.

وقال ابن الماجشون: يبطل؛ لأنه لم يسمِّ لها ذلك على سبيل الوصية، وإن دخل كان لها المسمى من رأس المال إن كان صداق المثل أو اقل بلا اختلاف، وإن فرض لها أكثر من صداق مثلها، كان صداق المثل من رأس المال وبطل الزائد إلا أن يجيزه الورثة.

وهذا معنى قول المصنف: (إلا أن يطأ فترد ما زاد على الثلث خاصة).

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤١.

فرع :

إنما يبطل ما زاد على صداق المثل إذا مات كما تقدم، فإن صح منه وهي حية ثبت لها الجميع باتفاق حكاه في البيان، واختلف إذا فرض ولم يدخل ولم يصح من مرضه حتى ماتت على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا شيء لورثتها مات من مرضه أو صح منه، وهو قول ابن المواز.

والثاني: أنه إن صح من مرضه كان لورثتها، وإن مات منه كان لهم من الثلث؛ لأنه يصير وصية لغير وارث، وإلى هذا ذهب الفضل. والثالث: إن صح من مرضه كان لورثتها، وإن مات منه لم يكن لهم شيء؛ لأن الموصى له إذا مات قبل الموصي بطلت وصيته، وهو قول أصبغ، ودليل قول ابن القاسم في "العتبية"، ولعل المُصنِّف نسب المسألة لـ" لمدونة " لإشكالها، وذلك - والله أعلم - لأحد أمرين:

أولهما - وهو الظاهر -: أن الحكم بالبطلان إذا فرض ولم يدخل ليس بظاهر؛ لأنهم عقدوا على صداق مجهول وُكِلَ تعيينه إلى الزوج، فإذا فرض فقد عين ما وقع العقد عليه فكيف يكون وصية لوارث.

ثانيهما - وهو الذي اقتصر عليه ابن عبد السلام -: أن مقتضى إبطالهم للصداق قبل الدخول ألا يكون لها شيء بالدخول؛ لإجرائهم ذلك مجرى الوصية.

يجاب عن الثاني: بأنه إنما كان لها المسمى بالدخول ما لم يزد على صداق المثل من باب قيم المتلفات. ونقض ابن عبد السلام هذا الجواب؛ لنكاح المريض إذا دخل، فإنهم جعلوا لها الصداق في الثلث، ولم يعدوه من باب قيم المتلفات.

خليل: ويجاب عن هذا بأن العقد في مسألتنا وقع صحيحًا، فلما استند الدخول إليه لزم أن يكون فيه المسمى من رأس المال بخلاف نكاح المريض لوقوع العقد فيه فاسدًا.

(ص): (وفي رضا السفيهة غير المولى عليها بدونه: قولان)

(ش): نحو هذا في ابن بشير، وابن شاس، وابن راشد.

وقال ابن عبد السلام: حكى في "المدونة[١]" القولين ولم يصرح فيها بسفه المرأة وإنما فرضها في البكر التي لا أب لها ولا وصي. والمسألة محمولة عند الشارحين

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٢.

على من لم يُعْلَم حالها بسفه ولا رشد، والمشهور فيها وهو قول ابن القاسم: أنه لا يجوز رضاها بأقل من صداق المثل، وكذلك لا يجوز لها أن تضع منه شيئًا بعد الطلاق. وقال غيره فيها: يجوز رضاها، وطرحه سحنون.

واختلف أيضًا إذا تزوجت بصداق مثلها فأكثر واختلفت مع وليها، فقال ابن حبيب: الرضا لمن يزوجها دونها.

وقيل: الرضا إليها دونه. ونسبه فضل لـ" لعتبية"، قال في "البيان": ولم أره فيها.

قال: والقياس إذا اختلف ألا يثبت ما رضي به أحدهما صداقًا إلا بعد نظر السلطان، قال: وأما ثبوت ما اجتمعا على الرضا به صداقًا دون نظر السلطان إلا استحسانًا.

(ص): **(والمُولَّى عليها المُجْبَرَةُ لا يُعْتَبَرُ رِضَاهَا)**

(ش): يشمل قول المجبرة البكر ذات الأب والأمة والموصى عليها على أحد الأقوال، ولا خفاء في عدم اعتبار رضاهن.

تنبيهات :

الأول: قولهم: (المجبرة) يشمل المعنسة على أحد القولين، وأما على القول بعدم الجبر فيكون الرضا بقليل الصداق وكثيره إليها دون أبيها، وحكى في "المقدمات " هذين القولين.

الثاني: اختلف هل للأب الرضا بأقل من صداق المثل مطلقًا قبل البناء وبعده، وهو تأويل اللخمي، أو إنما له ذلك إذا كان قبل البناء، وأما بعده فليس له أن يرضى بأقل من صداق المثل وهو تأويل ابن يونس وابن رشد.

الثالث: وقع في بعض النسخ إثر الكلام المتقدم ما نصه: ويعتبر رضا وليها، ولا إشكال عليها في ذات الأب والسيد، وأما ذات الوصي فالظاهر أن المصنف لم يردها بهذا الكلام، بل أشار إليه بقوله:

(ص): **(وأما غيرهما فالمشهور يعتبر رضاهما معًا بدونه إن كان نظرا)**

(ش): لأنه لم يبق غيرها، وهكذا قال ابن راشد: أن مراده بغير الموصى عليها، لا يقال: لا نسلم أنه لم يبق إلا الموصى عليها، ولم لا يجوز أن يكون أراد المرأة التي ليست بمجبرة مع أن لها وليًا غير وصي؟ لأنا نقول إذا كانت غير مجبرة ولم يكن لها وصي كانت سفيهة مهملة، وقد أشار إليها المصنف أولا بقوله: (وفي رضا السفيهة غير

المولى عليها...إلخ).

وقوله: (غيرهما) هكذا وقع في بعض النسخ بضمير التثنية؛ أي: غير السفيهة والمجبرة، وفي بعضها: (غيرها) بالإفراد؛ فيعود على المجبرة، وما ذكره من اعتبار رضاهما مخالف لابن شاس، فإنه قال: وإن كانت السفيهة مولى عليها، فإن كان الفرض قبل الدخول وهو من حسن النظر صح رضا الولي به، فظاهره: إنما يعتبر الولي.

وفي "التهذيب": وإن زوج البكر غير الأب فرضيت بذلك؛ أي: بأقل من صداق مثلها لم يجز رضاها للولي، ولو رضي الولي ما جاز أيضًا.

ابن القاسم: إلا أن يكون ذلك نظرًا لها فيجوز، مثل أن يعسر الزوج ويسأل التخفيف ويخاف الولي الفراق ويرى مثله رغبة لها، فيجوز ذلك إن رضيت،وما كان على غير هذا لم يجز، وإن أجازه الولي فظاهره اشتراط رضاها، ككلام المصنف لقوله: (إذا رضيت).

والمراد بالولي: الوصي، لكن كلام عياض يرد هذا، ويصحح نقل ابن شاس، فإنه قال: ظاهر " المدونة[1]" لا يتم إلا برضاهما معًا بالصداق، والصحيح عند شيوخنا على منهاج المذهب أن يمضي على رضا الوصي، وهو الذي في كتاب ابن حبيب، ولا يلتفت إلى رضا البكر؛ إذ النظر في المال له، بخلاف ما لو لم ترض حين العقد، فلها ألا ترضى بالزوج إلا بالوجوه التي ترضيها؛ من إضعاف الصداق وغيره مما تشترطه، ولا يتم العقد ما لم ترض، بخلاف ما إذا رضيت بالتفويض ثم نازعت في الفرض. انتهى.

وكذلك قال في "المقدمات": إن ذات الوصي لا يجوز له أن يزوجها بعد بلوغها بأقل من صداق مثلها وإن رضيت، وله أن يزوجها وإن عنست برضاها، ويكون إذنها صماتها بما رضي به من صداق مثلها فأكثر وإن لم ترض؛ إذ ليس لها مع الوصي من الرضا بالمهر شيء، وله أن يراضي الزوج في نكاح التفويض على صداق مثلها بأكثر، فيجوز ذلك عليها ويلزمها رضيت أو لم ترض، فإن لم يرض هو بذلك ورضيت هي لم يكن ذلك إلا بحكم السلطان، وليس له أن يراضي الزوج على أقل من صداق مثلها

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٢.

عن مالك، خلاف مذهب ابن القاسم أن ذلك جائز على وجه النظر، إلا أنه شرط رضاها وفي ذلك من قوله نظر. انتهى باختصار.

وعلى هذا فتشهير المصنف ليس بظاهر، لكن حكى أبو الحسن عن بعضهم: أنه رأى أن قول ابن القاسم تفسير لقول مالك، وأن شروط الجواز عندهما ثلاثة: رضا الولي، ورضاهما، وأن يكون ذلك نظرًا. فعلى هذا يتم كلام المصنف، وكلام ابن عبد السلام على هذه المسألة ليس بظاهر.

تنبيهان :

الأول: لا إشكال أن المرأة إذا كانت ثيبًا رشيدة أنه يعتبر رضاها فقط، ويؤخذ ذلك من قول المُصنِّف أولا: (فإن وقع الرضا وإلا فسخ).

الثاني: جعل الأندلسيون قول ابن القاسم هنا حجة في المحجورة؛ إذا رضيت إسكان زوجها معها في دارها، وإنفاقها على نفسها رغبة في الزوج مخافة طلاقها ولغبطتها به، وأنه إن فارقها رجعت تسكن دراها، وتنفق على نفسها، وتفقد ما رغبته من زوجها أن ذلك لها إذا طلبته، بذلك أفتى ابن عتاب.

عياض: وقاله شيخنا هشام بن أحمد الفقيه،والقاضي محمد بن حمديس، وهو الذي يوجبه النظر، وخالفهم أبو مطرف الشعبي في إنفاقها على نفسها خاصة، وقال: يلزم عليه أن يكون لها الرضا بما طلب من مالها إذا خشيت فراقه، وفرَّق عياض بين ما تنفقه على نفسها وبين ما تعطيه له، فإنه لو طلقها لعادت نفقتها على نفسها، فإذا كانت نفقتها على نفسها في الموضعين فبقاؤها مع زوجها أولى، ولا كذلك ما تعطيه؛ لأنه إذا طلقها بقي لها ذلك القدر، وهو فرق ظاهر إن طلب منها شيئًا كثيرًا.

(ص): (**فإن دخل بها، فثالثها: المشهور يصح في الأب دون غيره**)

(ش)، أي: فإن دخل بذات الأب وذات الوصي قبل الفرض، ثم فرض لهن أقل من صداق المثل، فقيل: يصح رضا الأب والوصي بذلك.

وقيل: لا يصح.

والثالث: يصح من الأب دون الوصي، وهو المشهور؛ لقوة تصرف الأب. وقد حكى هذه الأقوال هكذا جماعة.

(ص): (**وإذا أبرأت الزوجة قبل الفرض خرج على الإبراء عمَّا جرى سبب وجوبه دونه**)

(ش)، يعني: إذا أبرأته قبل البناء، ثم طلبته بعده بالصداق، فهل لها ذلك أم لا؟ أجرى ذلك على قولين في الإبراء.

(عما جرى سبب وجوبه دونه) أي: دون الوجوب هل يلزم نظرًا؛ لتقدم سبب الوجوب، وهو ها هنا العقد أم لا؟ لأنها أسقطت حقها قبل وجوبه كما لو أسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء، وفي ذلك قولان، وكالمرأة إذا أسقطت نفقة المستقبل عن زوجها هل يلزمها؛ لأن سبب وجوبها قد وجد أو لا يلزمها لأنها لم تجب بعد؟ قولان حكاهما ابن راشد، وكعفو المجروح عما يؤول إليه الجرح، وكإجازة الورثة الوصية للوارث، أو بأكثر من الثلث للأجنبي في مرض الموصي، وأمثلة هذا كثيرة، أما إن لم يجز سبب الوجوب لم يعتبر بالاتفاق، حكاه القرافي.

(ص): **(وتزوجتك على حُكْمِي أو حكم فلان أو حكمك: تفويضٌ لا فاسدٌ، ورجع إليه ابن القاسم لِمَا عَلِمَ من قول مالك، وقال أشهب: إلا على حُكْمِكَ، فإنه إن لم يرض بحكمها لم يلزمها ما لم يَبْنِ بها....)**

(ش): اعلم انه اختلف في نكاح التحكم ابتداء على أربعة أقوال:

الجواز: وهو قول مالك، ورجع إليه ابن القاسم بناء على إلحاقه بالتفويض وعدمه.

ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده: وهو الذي رجع عنه ابن القاسم في "المدونة[1]"؛ لأنه خرج عن حد ما أرخص فيه من التفويض، ولم يذكر المصنف غير هذين القولين.

وقيل: إن كان المحكم الزوج جاز، وإن كان المحكم الزوجة أو الولي أجنبيًا لم يجز.

وقيل: يجوز إلا أن يكون المحكم الزوجة، وما ذكرناه من إطلاق الخلاف هي طريقة التونسي، واللخمي، وابن رشد وغيرهم. وذهب ابن الكاتب: إلى أنه لا يختلف في الصحة، إذا كان المحكم الزوج.

قال في "المقدمات": ولا خلاف إذا كان الزوج هو المحكم على القول بجوازه، أنه كنكاح التفويض إن فرض صداق المثل فأكثر لزم الزوجة، ولا يلزمه أن يفرض صداق المثل. انتهى.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٣.

واختلف إذا كان المحكم الزوجة أو الولي أو الأجنبي أو أشرك أحد منهم مع أحد في التحكيم على خمسة أقوال:

أولها: للقابسي أن التحكم عكس التفويض، ينزل المحكم في التحكيم منزلة الزوج في التفويض، إن فرضت الزوجة صداق المثل فأقل إن كانت هي المحكمة، أو فرض ذلك المحكم برضاها لزم ذلك الزوج، وإن فرض الزوج صداق المثل فأكثر لم يلزم ذلك الزوجة إلا أن ترضى به كانت هي المحكمة أو غيرها، وتأوله على "المدونة[(١)]".

وثانيها: لأبي محمد وابن رشد وغيرهما أن معنى الكتاب: أن النكاح لا يلزم إلا برضا الزوج والمحكم زوجة كانت أو غيرها، فرض الزوج أكثر أو المحكم أقل.

قال في "المقدمات": وهو ظاهر الكتاب. واستبعدوا تأويل القابسي.

ثالثها: حكاه في "الواضحة"، عن ابن القاسم، وأصبغ، وابن عبد الحكم: أنه كنكاح التفويض في كل الوجوه إن فرض الزوج صداق المثل لزم النكاح، وإن رضي المحكم بصداق المثل أو أقل لم يلزم ذلك الزوج إلا أن يشاء، وتأوله أيضًا بعض الصقليين على الكتاب، وهو الذي يؤخذ من كلام المُصنِّف لقوله: (تَفْوِيضٌ) وأطلق.

والقول الرابع لعبد الملك: أنه كنكاح التفويض إلا إذا كان المحكم المرأة فإنه لا يلزمها الرضا بصداق المثل، ولابن القاسم وأشهب نحوه أيضًا.

القول الخامس في "الموازية": أنه لا يلزم إلا بتراخي الزوجين كان أحدهما المحكم أو غيرهما، وحكي عن أشهب أيضًا.

(ص): **(وَمَهْرُ المِثْلِ: ما يرغب به مثله في مثلها، ويُعْتَبَرُ: الدِّينُ، والجَمَالُ، والحَسَبُ، والمَالُ، والزَّمَانُ، والبَلاءُ. وفيها: وينظر الرجل فقد يزوج فقير لقرابته، وأجنبي لماله فليس مهرهما سواء....)**

(ش): يعني: يراعي في صداق المثل هذه الصفات المذكورة، وذكر في "المدونة[(٢)]" أنه ينظر إلى أشباهها في قدرها وجمالها وموضعها. قال في "البيان": أي: موضعها في النسب. فيحتمل ما قاله ويحتمل ما قاله المصنف من اعتبار المكان، ولا بدّ من اعتبار الاثنين.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٣.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٤.

مالك: ويعتبر حالها في زمانها.

قال في "البيان": وتأوّل بعضهم عن مالك أنه ينظر إلى أمثالها من النساء في جمالها ومالها وعقلها، ولا ينظر إلى نساء قومها، وليس ذلك بصحيح على ما بيّنا من مذهبه في "المدونة[1]"، قال: ونساء قومها اللاتي يعتبر بصداقهن أخواتها الشقائق أو للأب، ولا تعتبر أمهاتها ولا خالتها ولا أخواتها من أمها ولا عماتها للأم؛ لأنهن من قوم آخرين، فقد تكون قرشية وأمها من الموالي. انتهى.

وقال عبد الوهاب: باعتبار عشيرتها وجيرانها كن عصبتها أو لا. قال: خلافًا للشافعي في مراعاة العصبة، وينبغي أن يراعي في ذلك العرف، فإن جرى العرف بالنظر إلى صداق الأم وغيرها كما هو في زماننا فيجب اعتباره، وأشار اللخمي وغيره إلى ذلك، وبقية كلام المصنف ظاهر التصور.

(ص): **(ومهر المثل في الفاسد يوم الوطء)**

(ش): يعني: أن نكاح التفويض الفاسد بخلاف التفويض الصحيح؛ يعتبر فيه **مهر** المثل يوم العقد والفاسد يعتبر فيه يوم الوطء. واستغنى المُصنِّف عن ذكر الحكم الصحيح المفهوم على ما علم من ملاءمته، وظاهر المذهب كمفهوم كلام المُصنِّف، وقيل: يعتبر في الصحيح يوم البناء إن دخل، ويوم الحكم إن لم يدخل، وبنى الاختلاف على الاختلاف في الهبة للثواب؛ إذا فاتت هل تجب قيمتها يوم القبض أو يوم الهبة؟

وفرَّقوا هنا على المشهور كما قالوا في البيع الصحيح بسبب ما يطرأ من عيب أو استحقاق أن المعتبر يوم العقد، وفي البيع الفاسد يوم القبض.

فإن قيل في اعتبار **مهر المثل** في نكاح التفويض يوم العقد نظر؛ لأنه لم يكن ثابتًا حينئذ بدليل سقوطه بالطلاق والموت، فالجواب أن العقد لما كان صحيحًا، وترتبت عليه الأحكام من الميراث ولحوق الولد؛ ألحقوا ذلك به.

(ص): **(وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر كالغالط بغير العالمة)**

(ش): نحوه في "الجواهر"؛ يعني: أن الوطء إذا استند إلى شبهة متحدة اتحد المهر، ويعد كوطأة واحدة فلا يجب إلا مهر واحد كما لو وطئ أجنبية مرارًا يظنها زوجته أو أمته.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٤.

وقوله: (بغير العالمة)، وأما لو كانت عالمة فلا شيء لها؛ لأنها زانية، ومفهوم كلام المصنف أنه لو تعددت الشبهة تعدد المهر كما لو وطئها مرتين ظنًّا في واحدة زوجته وفي الأخرى أمته، وهكذا ينبغي إذا تخلل بين الوطأين وطء مباح ظاهرًا أو باطنًا، فوطئها غالطًا ثم تزوجها فوطئها غالطًا أو لم يطأها ثم طلقها ووطئها غالطًا ما لم يكن وطؤه بعد الصداق بشبهة مستندة للطلاق، كما قالوا: إذا قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، فتزوجها ووطئها فلا شيء عليه إلا صداق واحد على المشهور. وقيل: عليه صداق ونصف وهو القياس، وكما لو خاطب امرأته بكلام يعتقد أنه لا يلزم به شيء، واسترسل على وطئها، ثم سأل مُفْتيًا عن ذلك فقال: وقع عليك الطلاق به، فالمذهب أيضًا أنه لا يلزمه إلا صداق واحد، وظاهر كلامهم أنه لا فرق في الحكم بين أن يكون المسمى مساويًا لصداق المثل أو أقل.

(ص): **(وإلا ففي كل وطأة مهر كالزِّنَا بغير العالمة أو المُكْرَهَةِ)**

(ش): نحوه في "الجواهر"، وتصوره ظاهر، ولولا تمثيله بالصورتين المذكورتين لكان كلامه مشكلا؛ لأنه اشترط في اتحاد المهر الشبهة واتحادها، ثم قال: وإلا فيدخل فيه ما إذا انتفت الشبهة، وكان الوطء زنى محضًا، ومن صور الزنى المحض ما لا يجب فيه المهر فلا يصدق قوله: (في كل وطأة مهر).

(ص): **(التسليم: ويجب تسليم حاله وما يحل منه بإطاقة الزوجة الوطء، وبلوغ الزوج لا بلوغ الوطء على المشهور)**

(ش)، أي: ويجب تسليم حال المهر وما كان منه مؤجلا، فحلَّ عند زمان إطاقة الزوجة الوطء، وعند بلوغ الزوج الحلم على المشهور، ولمالك في كتاب ابن شعبان: عند بلوغه القدرة على الوطء كالمرأة، والفرق المشهور أن من يمكن وطؤها يحصل منها كمال اللذة بخلافه، وإنه لا يحل له كمال اللذة إلا ببلوغ الحلم، والباء في قوله: (بإطاقة الوطء) باء السبب، وهذا إذا لم يكن من الزوجين تمانع في المبدأ منهما، أما لو تنازعا في البداية، ففي "الجواهر" وهو ظاهر كلام المُصنِّف أن الزوج يبدأ بتسليم المهر وهو مقتضى " المدونة[1]"؛ لقوله فيها: وللمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها.

وقال ابن القصار: الذي يقوى في نفسي أن الصداق يوقف، ولا تأخذه المرأة حتى

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٥.

تمكِّن من نفسها.

وفي "الواضحة": وإذا طلبت قبل البناء أخذ النقد، وأبى الزوج إلا عند البناء، فللزوج ذلك إلا أن تشاء تعجيل البناء فلها قبضه.

(ص): **(إلا أن يكون مُعَيَّنًا كَدَارٍ أو عَبْدٍ فيجب بالعقد)**

(ش)، أي: إلا أن يكون الصداق شيئًا معينًا لا مضمونًا كدار أو عبد فيجب تسليمه للمرأة بالعقد، ولا ينظر بلوغ الزوج ولا إطاقة الزوجة الوطء، ولا يجوز تأخيره كما لا يجوز بيع معين يتأخر قبضه للغرر؛ إذ لا يدري على أي صفة يقبض، ونظير الصداق في أنه لا يجب تعجيله إلا أن يكون معينًا الأجرة فإنه لا يجب تعجيلها إلا بشرط، إلا أن تكون شيئًا معينًا.

(ص): **(والمريضة كالصحيحة)**

(ش)، يعني: أنه لا يجوز له الامتناع في دفع الصداق لمرضها ولو بلغت حد السياق، وأما النفقة فمذهب " المدونة[1]" وجوبها وإن لم يقدر الزوج على الجماع ما لم تكن في السياق.

والفرق بين النفقة والصداق: أن النفقة في مقابلة الاستمتاع، والاستمتاع من التي بلغت حد السياق متعذر، وأما الصداق فلا يصلح أن يكون المرض مانعًا منه؛ لأن غاية حصول الموت معه، والموت موجب التكميل.

(ص): **(والرَّتْقَاء والمجنونة ونحوهما مِمَّا طَرَأَ بعد العقد أو رَضِيَ به بعده كغيرهن، وإن لم يُمْكِن وطؤهن...)**

(ش): لأن العيب الطارئ بعد العقد لزمه كما تقدم، وإذا لزمه كان لها من الحق ما للسالمة.

(ص): **(قال سحنون: لا يجب مُؤَجَّلٌ يَحِلُّ إلا بالدخول، وألزم الأجل المجهول)**

(ش): قول سحنون راجع إلى صدر المسألة؛ وهي قوله: (ويجب تسليم حاله وما يحل منه) أي: وخالف سحنون فيما حل منه، وقال: لا يجب إلا بعد الدخول. وروى عن مالك أيضًا قوله: وألزم الأجل المجهول. يعني: وألزم سحنون على قوله هذا بوجهين:

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٥.

الأول: أنه لما كان جواز أن يكون الصداق إلى أجل مجهول من إلزامه التأخير إلى الدخول، والدخول غير معلوم، والموقوف على المجهول مجهول، وأجيب بوجهين:

الأول: أنه لما كان الدخول بيد المرأة في كل وقت صار حالاً.

والثاني: أن الدخول كان معلومًا عندهم كما تقدم.

(ص): **(وللمرأة مَنْعُ نفسها من الدُّخُولِ ومن الوطء بعده، ومن السفر معه حتى تقبض ما وجب من صداقها...)**

(**ش**): ما وجب يعني الحال أو ما حل، وظاهر قوله: (وللمرأة منع نفسها) أن ذلك حق لها، فيجوز إذا رضيت بالدخول من غير أن تقبض شيئًا، وليس بظاهر؛ بل ذلك مكروه عند مالك إلا بعد تقديم ربع دينار، نص على ذلك صاحب " البيان " وغيره.

وقوله: (ومن الوطء بعده) يريد: بعد اختلائه بها وقبل أن تمكِّنه من نفسها، وأشار بذلك إلى ما وقع في "العتبية": أن رجلا سأل مالكًا فقال له: إن امرأتي أذنت لي بالدخول عليها، والمبيت معها، وأنا أضّجع إلى جانبها في اللحاف، وتمنعني نفسها حتى أعطيها صداقًا؟

فقال: لها ذلك.

فإن قلت: لما حملت قوله: (ومن الوطء بعده) على أن المراد بعد الخلوة، ولم تحمله على أن المراد بعد الوطء؛ لأن ذلك هو الدخول المعروف عند الفقهاء، فالجواب يمنع من ذلك وجهان:

الأول: أن قوله: بعد ذلك في آخر المسألة: (فإن وطئها لم يبق لها إلا المطالبة) يدل على أنه هنا لم يتقدم له منها وطء.

الثاني: أنا لو حملنا كلامه على ما فهمت لكان مخالفًا لقول ابن القاسم، فإن ابن القاسم نص في "العتبية": على أنها بعد الوطء ليس لها أن تمنع، نعم وهو قول محمد.

ابن عبد السلام: وأما امتناعها من السفر معه قبل قبض صداقها، فإنما يكون لها ذلك قبل الدخول بها.

فرع:

كره ابن القاسم في "العتبية " الدخول بالهدية، قال: لأنها ليست من الصداق.

قال في "البيان": لأنه لو طلقها لم يكن له منها شيء ولو كانت قائمة.

قيل لابن القاسم: فإن ألفى النكاح مفسوخًا هل يرجع ويأخذ هديته؟

قال: إن أدرك منها شيئًا أخذه، وإن فاتت لم يكن له قِبَلَها قليل ولا كثير.

قيل: هل يدخل بها إذا رهنها في الصداق؟

فقال: نعم.

قيل: هل يجوز أن يتحمل عنها بالصداق ويبني بأهله؟

قال: أخبرني من أثق به أن بعض أهل العلم أجازه، وأحب إليَّ أن يقدم لها ربع دينار.

قال في "البيان": وأجاز له ابن حبيب الدخول بالهدية. ومثله لمالك في "المبسوط" من رواية ابن نافع، وفي "الموازية " لمالك: أن من تزوج امرأة بدين فلا يدخل بها حتى تقبض من ذلك ثلاثة دراهم.

وقال أيضًا: له أن يدخل وإن لم يعط شيئًا؛ لأنه حق له. فعلى القول بأنه لا يدخل بها في الدين حتى يعطي ثلاثة دراهم لا يجوز أن يبني بها بالرهن، قال: وأخف هذا السائل الدخول بالدين، والأظهر أن الدخول به جائز؛ لأنه قد وجب لها ولو شاءت باعته وأخذت ثمنه، ويليه الدخول بالرهن؛ لأنها قبضت ما هي أحق به في الموت والفلس، وأشدها الدخول بالحمالة.

(ص): **(فإن لم يجد تلوم له بأجل بعد أجل، ثم يُفَرَّق بينهما بطلقة)**

(ش)، يعني: إذا طلب الزوج بالصداق فإن صدقته المرأة أو أقام بينة على إعساره ضرب له الأجل.

المتيطي: ويؤجله في إثبات عسره أحدًا وعشرين يومًا، ستة، ثم ستة، ثم ستة، ثم ثلاثة، وللمرأة أن تطالبه بحميل بوجهه، فإن عجز عنه فلها أن تسجنه؛ لأن الصداق دين كسائر الديون، فإذا أثبت إعساره أو صدق أجله الحاكم وتلوم له.

قال في "المدونة[١]": ويختلف التلوم فيمن يرجَّى، وفي من لا يرجَّى، أي: فيطول في الأجل في حق من يرجَّى دون غيره.

واختلف الشيوخ فرأى ابن بشير أن المذهب كله على ما حكيناه عن " المدونة[٢]"، وأن ما وقع في الروايات من الخلاف إنما هو بحسب الأشخاص، ورأى اللخمي، والمتيطي، وابن يونس وغيرهم ذلك خلافًا حقيقيًا.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٦.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٦.

اللخمي: واختلف في مواضع:

أحدها: في قدر التلوم.

والثاني: هل يؤخر بشرط النفقة؟

الثالث: هل يطلق على من لا يرجى بغير أجل؟

ففي "المدونة[١]": يتلوم له على حسب ما يرجى له ولم يوقت.

وفي "الموازية": يؤخر السنتين ولا يعجل بعد السنتين حتى يتلوم له تلومًا آخر السنة وشبهها.

وقال ابن حبيب: إن اتهم أن يكون أخفى ماله لم يوسع في الأجل، وإن تبين عجزه عن الصداق وعن النفقة لم يوسع أيضًا في الأجل، ويؤخر الأشهر والسنة أكثره.

وقال سحنون في كتاب ابنه: في من ملك ببيع الفاكهة وأقام بينة بعدم الصداق، وقامت الزوجة بالفراق، وقال الزوج: أجلوني، فلا يؤجل مثل هذا؛ لأنه لا يرجى له شيء.

وقال مالك في "مختصر ما ليس في المختصر": إن أعسر بالصداق قبل البناء، فإن عرف بالخلابة فرق بينهما، وإن كان من أهل الهيئة والحال انتظر به، يريد في الأولى أنه يفرق من غير أجل. انتهى.

وذكر المتيطي الذي اختاره الموثقون في مقدار الأجل: ثلاثة عشر شهرًا، ستة أشهر ثم أربعة، ثم شهران، ثم شهر، ونقله ابن سحنون.

ولمالك في "المختصر": أنه يضرب له السنة والسنتين، ثم يفرق بينهما، وإن كان يجري النفقة.

وإذا ضرب الأجل، فقال ابن مالك في أحكامه: لا يعد اليوم الذي يكتب فيه الأجل.

خليل: ولا يبعد أن يختلف فيه لعهدة السنة والكراء ونحوهما، واختلف الشيوخ في قول ابن القاسم في "المدونة[٢]"، الذي حكيناه عنه في صدر المسألة، ففهم منه فضل أنه إذا لم يرج له شيء لا يضرب له أجل، وحكى ذلك عن ابن القاسم، وفهمه الأكثر على التلوم في الجميع كما قاله ابن حبيب.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٧.

عياض والمتيطي: وهو الصواب.

واعلم أنه إن كانت الزوجة ثيبًا فالحق لها دون أبيها، وإن كانت بكرًا فهل للأب ذلك وإن لم تطالبه البتة.

المتيطي وغيره: ظاهر " المدونة[1]" يدل أن ذلك للأب، قال: وإليه ذهب بعض شيوخنا، وقال: إنه مقتضى المذهب.

وقال أبو المطرف الشعبي: وكما له أن يجبرها على النكاح كذلك جبرها على الدخول وتسليمها لزوجها، وذهب ابن عتاب وابن رشد وغيرهما إلى أنه ليس له ذلك إلا بتوكيلها على ذلك.

وقوله: ثم يعرف، فإن ضرب الأجل، ولم يقدر عن الصداق، وعجز عن جميع الصداق أو بعضه؛ فرِّق بينهما بطلقة.

(ص): **(وفي نصف الصداق حينئذ: قولان)**

(ش)، أي: حين التفريق بالإعسار بالصداق، وظاهر المذهب الوجوب لاحتمال أن يكون أخفى ماله، وهو قول ابن القاسم، وابن وهب، وأصبغ، وابن عبد الحكم، والقول بأنه لا يلزمه شيء لابن نافع؛ لأن الفراق جاء من قبلها.

(ص): **(بخلاف المجنون يطلق عليه)**

(ش)، أي: إذا ردته بجنونه فلا شيء لها بالاتفاق؛ لأنه فراق جاء من جهتها، ويشارك المجنون كل من به عيب، كالخصي، والمجبوب، والعنين، والمختارة لعتقها، والفرق للمشهور هو ما تقدمت الإشارة إليه وهو إتمام المعسر على إخفاء المال، فيكون الطلاق من جهته.

(ص): **(فإن وطئها لم يبق لها إلا المطالبة)**

(ش)، يعني: أن ما ذكرناه من التطليق بالإعسار بالصداق، وفي معناه: التفريق للنفقة، إنما هو إذا كان قبل الوطء، وأما إن وطئها فلا تطلق عليه بذلك، وليس لها إلا المطالبة.

(ص): **(وإذا قبضته أمهلت قدر ما يهيئ مثلها أمورها فيه)**

(ش): لما قدم أنه يجب على المرأة تسليم نصيبها بإعطاء مهرها، بيَّنَ هنا أنها

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٨.

تمهل (قدر ما يهيئ مثلها أمورها فيه) أي: من الشراء لما يصلح لجهازها، والمرجوع في ذلك إلى العادة.

فرعان:

الأول: إذا غاب وليها، وأراد الزوج البناء، ففي الضرر قال بعض المعتبرين: إذا كان الولي قريبًا أعذر إليه في ذلك، فإن أتى أو جاوب بالآيات عن قرب لمثل ما تجهز فله ذلك، وإن لم يرجع أو كان بعيدًا قضي للزوج بالبناء ولم ينتظر رجوع الأب.

الثاني: إذا نكحها ببلد وشرط عليها البناء ببلد آخر، فقال بعض الأندلسيين: على الولي حملها إلى بلد البناء، ومؤنة الحمل عليه والنفقة إلى وقت البناء، وإن كانت ثيبًا كان ذلك عليها إلا أن يشترطوه على الزوج فيكون عليه.

قالوا: ولو كان على الطوع لكان أحسن.

(ص): (**ولا تُمْهَلُ لِحَيْضٍ**)

(ش): إذ له الاستمتاع بما فوق الإزار.

(ص): (**وتُمْهَلُ للصِّغَرِ والمرض المانعين من الجماع**)

(ش): إذ لا منفعة له في الدخول.

قال في "المدونة[1]" في الذي شرطوا عليه الدخول إلى سنة: إن كان لصغر والاستمتاع أهلها لتغذية الزوج بها، فذلك لازم، وإلا بطل الشرط.

وقال أصبغ: ما ذلك بالقوي إذا احتملت الوطء.

وقال في "العتبية" و"الموازية": إذا اشترطوا عليه خمس سنين فبئس ما فعلوا، والنكاح جائز والشرط باطل.

(ص): (**وليس لولي النكاح قبل الصداق إلا بتوكيل خاص بخلاف وكيل البيع**)

(ش)، يعني: إذا وكلت المرأة وليها على عقد نكاحها لم يستلزم ذلك التوكيل على قبض الصداق، وإنما له قبضه إذا وكلت عليه، وأما وكيل البيع فوكيل على قبض الثمن، وفرق بينهما بوجهين:

أحدهما: أن العادة جارية بقبض الوكيل في البيع دون النكاح.

الثاني: أن الوكيل في البيع لما كان يدفع المبيع كان له قبض الثمن، ووكيل النكاح

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٨.

لا يدفع العوض الذي هو البضع، فلا يكون له قبض عوضه.

قوله: (إلا بتوكيل خاص) أي: في حق من يصح منه التوكيل؛ لأن البكر لا تتولى قبض الصداق كما سيأتي، فلا توكل على قبضه.

(ص): **(فإن فعل ضمن فتتبعه أو الزوج)**

(ش)، أي: فإن قبض من ليس له القبض فإنه يضمن؛ قاله في "المدونة[1]" ابن القاسم. وإنما ضمَّنه مالك لأنه كان متعديًا في القبض، إذ لم توكله البنت على قبضه، فكان كدين لها على رجل قبضه الأب بغير أمرها فلا يبرأ الغريم والأب ضامن، ولها أن تتبع الغريم. وقيّد ابن حبيب ضمان الأب بما إذا لم يكن رسولا للزوج. قال: وأما إن كان رسولا له فلا يضمن وهو ظاهر؛ لأنه إذا كان رسولا له فهو أمينه، ولهذا أنكر سحنون الضمان هنا، قال: لأنه إن كان رسولا من الزوج فهو أمينه، وإن كان من الزوجة فلا يضمن أيضًا؛ لأنه وكيلها. وأجيب لعله قبضه من غير إرسال من الزوج ولا توكيل من المرأة، بل لأنه يظن أنه له القبض والزوج يعتقد ذلك، كالوكيل على بيع سلعة، وفيه نظر حينئذ؛ لأن الزوج سلط على ماله جهلا منه، كمن أثاب من صدقة، بل الولي أقوى شبهة منه.

وقوله: (فتتبعه أو الزوج): الزوج معطوف على الهاء فهو منصوب، يعني: إذا قبض من لم يكن له القبض تبعته المرأة إن شاءت أو تبعت الزوج؛ لأن الزوج لم يبر بدفعه إلى غير صاحب الحق وكيله، ويحتمل أن يضبط (الزوجُ) بالرفع، أي: فتبعته هي؛ لأن الزوج إذا لم تبرأ ذمته ورجعت على الزوج، كان للزوج الرجوع عليه بما قبض منه، وللمرأة أن تتبعه؛ لأنه غريم غريمها، وفي هذا الوجه الثاني العطف على الضمير المرفوع، وقد حصل شرطه وهو الفصل بمفعول (تتبعه).

(ص): **(وأما قبض المُجبر أو الوصيِّ فَمَاضٍ)**

(ش)، يعني: أن ما قدمه إنما هو في الولي غير المجبر والوصي، وأما هما فلا يعطى الصداق إلا لهما.

وفي قوله: (ماض)، إيهام أنه لو قبضته هي لجاز، وليس كذلك.

(ص): **(فإن ادَّعَيَا التَّلَفَ ولا بيِّنة على القبض، ففي رجوعهما على الزوج: قولان)**

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٩.

(ش): قيّد القولين بقوله: (ولا بيّنة)، لأنه لو قامت البينة على القبض لم يكن للزوجة كلام، وأما إذا لم تقم بينة، فقال ابن القاسم: الأب مصدق في الضياع وهو من الابنة.

المتيطي: قال بعض الموثقين وهو دليل " المدونة[1]" وبه الحكم.

ابن عبدوس: وهو أصل ابن القاسم في الوكيل المفوض أو الوصي يقر أحدهما بقبض الدين ويدعي التلف أنه يُقبل قوله.

ابن يونس: وهو القياس؛ لأن الأب الذي له قبضه بغير توكيل عليه أقر بقبضه، فوجب أن يبرأ بذلك الزوج كوكيل البيع فإنه مصدق، وصوبه أيضًا ابن شبلون وابن محرز.

ابن شبلون: لأن مالكًا ذكر في كتاب الديات والشهادات: أن الوصي إذا أقر بقبض ما على الغرماء وضاع، أنه يصدق ويبرأ الغرماء، فالأب في إقراره بقبض صداق ابنته وضياعه أحرى أن يصدق، والقول بعدم براءة الزوج لمالك في "الموازية"، قال: عليه دفعه ثانية، ولا شيء للزوج على الأب، وبه قال ابن وهب، وأشهب، وأصبغ، وابن حبيب.

القابسي: وهو أصوب؛ لأن الأب يتهم أن يكون وضع الصداق من غير طلاق، ولأن من حق الزوجة ألا تسلم سلعتها إلا بقبض ثمنها.

ابن يونس: وهذا القول أحوط، وهو جار على مذهب " المدونة[2]". وحكى بعضهم قولا ثالثًا ببراءة الأب وعدم براءة الوصي، فإذا قلنا بتصديق الأب وبراءة الزوج وهو الظاهر، فقال غير واحد من الموثقين: على الأب اليمين لحق الزوج في تجهيز زوجته بالمهر، كان الأب مشهورًا بالصلاح أم لا، ولم يبينوا هل القبض ببينة أو بغير بينة.

بعض الموثقين: وكلاهما عندي سواء، قيل: والوصي ملحق به في ذلك.

فروع مرتبة :

الأول: لو طلقها الزوج قبل البناء وكان لها مال يوم دفع صداقها إلى أبيها، كان نصفه في مالها، وإن لم يكن حينئذ مال، فمصيبته حينئذ من الزوج، ولو حدث لها مال

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٤٩.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٠.

بعد ذلك، قاله ابن عبدوس.

الثاني: إذا ادعى الأب أنه دفع إليها الصداق عينًا لم يبر بذلك؛ لأن البكر لا يدفع لها العين، وإنما يريد أن يشتري به جهازًا.

ابن حبيب: والموثقون ويبرئ الأب من الجهاز ثلاثة أوجه:

الأول: أن يدفعه إلى الزوجة ويشهد الشهود على معاينة القبض، كان الدفع ببيت البناء أم لا.

الثاني: أن يحضره بيت البناء ويوقف الشهود عليه.

والثالث: أن يوجه ذلك إلى بيت البناء بحضرة الشهود بعد أن يقدموه ويعاينوه ولا يفارقوه؛ حتى يوجه إلى بيت البناء، فإنه يبرأ وإن لم تصحبه البينة إلى البيت.

ابن حبيب: وليس للزوج أن يدعي أن ذلك لم يصل إلى بيته، وإن ادعاه لم يسمع.

قال بعضهم: ويكفي في قبضها معاينة الشهود دون نطقها بالقبض.

الفرع الثالث:

إذا قامت البينة على إقرار الأب والوصي بقبض الصداق، ثم ادعى أنه لم يقبض، وقال: ظننت به الخير فلذلك أشهدت له بالقبض. ففي تحليف الزوج ثلاثة أقوال:

قال في "الموازية": يحلف. وبه قال أصبغ، وابن حارث، وابن لبابة؛ لأن ذلك مما يجري بين الناس.

وحكى ابن حبيب، عن مالك وأصحابه: أنه لا يحلف إلا أن يأتي الأب بسبب يدل على ما ادّعاه، ويقع على الزوج تهمة فيحلف ونحوه لابن عبد الحكم، قال: ولو جاز له تحليفه لما كان للوثائق معنى.

المتيطي: والذي جرى به العمل بين المفتين، وقاله غير واحد من الموثقين، إن قام الأب على قرب من تاريخ النكاح كالعشرة أيام ونحوها حلف، وإن قام على بُعْد لم يلزمه.

(ص): (ويتقرر كمال المهر بوطء البالغ أو موت أحدهما، وفي تقريره إذا افتضَّها بالأصبع قولان، وكذلك طول المقام على المشهور، وفي تحديده بسنة أو بالعرف قولان...)

(ش)، يعني: أنه يجب جميع المهر على الزوج بأحد ثلاثة أشياء:

الأول: وطء الزوج البالغ الحلم ثم زوجته البالغة حد الوطء كما تقدم.

قوله: (بوطء البالغ)، مصدر مضاف إلى الفاعل، والمراد بلوغ الحلم، يريد ويشترط أن تكون المرأة مطيقة للوطء.

الثاني: موت أحدهما إما الزوج أو الزوجة.

الثالث: طول المقام بعد البناء على الرواية المشهورة، وروي عن مالك: ليس لها إلا نصفه بناء على أن طول المقام يتنزل منزلة الوطء أولا، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

وفي المسألة قول ثالث: أن لها النصف وتعاض من تلذذه بها، وقد تقدم أن في مسألة المعترض قولا بالتكميل وإن لم يطل.

وقوله: (وفي تحديده...إلخ)، تصوره ظاهر، والتحديد بالعام مذهب " المدونة[1] ".

فرع :

فإن أصابها بأصبعه، فإن كانت ثيبًا فلا شيء لها، وإن كانت بكرًا أو افتضها به، فاختلف قول ابن القاسم في "العتبية " في تكميل الصداق عليه، ومال أصبغ إلى عدم التكميل واستحسنه اللخمي، وعليه فيكون عليه أرش البكارة.

(ص): **(ودخول المجبوب والعنين كوطء غيرهما)**

(ش)، أي: فيكمل الصداق عليهما وإن لم يطل مقامهما، وحكى اللخمي، عن المغيرة: أن الصداق إنما يكمل في المجبوب ومن في معناه؛ بشرط الطول، وفيه بُعْد؛ لأن من هذا حاله دخل على عدم الإصابة وقد حصل قصده بخلاف المعترض.

(ص): **(والمذهب: أن القول قولها في الوطء إذا خلا بها خلوة الاهتداء، ولو كانت مُحْرِمَةً أو حائضًا أو في نهار رمضان، وكذلك المغصوبة تحتمل ببيّنة وتدَّعي الوطء لها الصداق كاملا، ولا حد عليه. وقيل: إن كانت بكرًا نظر النساء...)**

(ش)، يعني: إذا اختلف الزوجان في الإصابة، فإن ادعتها المرأة وأنكر ذلك الرجل، فالقول قولها إذا خلا بها خلوة اهتداء، إذا خلا بينه وبين امرأته، وهو مراد علمائنا بإرخاء الستر، وليس المراد إرخاء ستر ولا إغلاق باب، قاله ابن أبي زمنين.

وبالغ المُصنِّف في تصديقها بقوله: (ولو كانت محرمة أو حائضًا أو في نهار

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٠.

رمضان) وهكذا قال في "المدونة[١]"، ولعل المصنف نسب المسألة للمذهب تبريًا من تصديقها بقوله: (ولو كانت محرمة) مع قيام المانع الشرعي، ورأى أن ذلك كالمخالف لأصل المذهب في اختلاف المتبايعين وغيرهما أن القول قول مدعي الصحة.

وأجيب بأنه إنما رجح مدعي قول الفساد هنا؛ لأن الحامل على الوطء أمر جبلي، لأن العادة أن الرجل إذا خلا بامرأته أول خلوة مع الحرص عليها والتشوف إليها، قلما يفارقها قبل الوصول إليها، ورأى بعضهم أنها لا تصدق مع المانع الشرعي إلا على من يليق به ذلك، وأما الصالح فلا، ولم يتعرض المُصنِّف لقبول قول المرأة هل بيمين وهو الظاهر، وهو قول ابن المواز قال: فإن نكلت حلف الزوج ولم يلزمه إلا النصف أو بغير يمين وهو قول ابن المعذل، وحكاه القنازعي عن ابن القاسم.

ابن بشير: ومنشأ الخلاف هل الخلوة كشاهد أو شاهدين.

وقوله: (وكذلك المغصوبة تحتمل... إلخ)، نحوه في "المدونة[٢]"، زاد في "الواضحة": بيمين.

وعن مالك في التي تعلقت برجل وهي تدمي: أن لها الصداق بغير يمين، واستحسنه اللخمي، واختار ابن يونس وغيره الأول، وإنما ثبت الصداق ولم يثبت الحد؛ لأن الشرع جعل لإثبات الحقوق المالية طريقًا غير طريق إثبات الزنى، ويكفي في البينة التي تشهد باحتمال المغصوبة اثنان، وفي "العتبية " ما في ظاهره أنه لا يكتفي إلا بأربعة.

ابن عبد السلام: وليس بصحيح. ابن المواز: وعليه الأدب الوجيع.

قوله: (وقيل: إن كانت بكرًا نظر النِّسَاء): هذا القول مقابل المذهب، أي: المشهور قبول قول المرأة في دعواها الوطء مطلقًا بكرًا كانت أو ثيبًا، وقيل: ينظر النساء البكر، وما ذكره المُصنِّف من الخلاف في البكر هي طريقة اللخمي، وابن بشير، وغيرهما، وعن ابن بشير الشاذ لمالك من رواية ابن وهب، وإسماعيل بن أبي أويس، وبعضهم جردها على الخلاف كالثيب.

(ص): (وفي خلوة الزيارة: مشهورها قول الزائر منهما للعرف بخلاف خلوة الاهتداء)

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥١.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥١.

(ش): واختلف إذا ادعت عليه الوطء في خلوة الزيارة وأنكره، فحجى اللخمي وابن يونس وغيرهما أربعة أقوال:

الأول: أن القول قولها قياسًا على الفرع المتقدم.

الثاني: أن القول قوله، والفرق أن خلوة الاهتداء تنتشط فيها النفوس بخلاف الزيارة.

الثالث: وهو المشهور: إن زارته فالقول قولها؛ لأن العرف أن الرجل ينتشط في بيته، وإن زارها فالقول قوله؛ لأن العرف أنه لا ينتشط إليها، وهذا معنى قوله: (للعرف).

الرابع: الفرق بين البكر والثيب كما تقدم، ولعل المصنف استغنى عنه بما قدمه.

(ص): **(ويقبل قولها في الوطء - لها وعليها - وإن كانت سفيهة أو بكرًا صغيرة أو أمة على المشهور؛ لأنه لا يعرف إلا بقولها....)**

(ش)، يعني: أن قولها يقبل سواء ادَّعت الوطء كما تقدم أو نفيه، ولا خلاف في ذلك إن كانت ثيبًا رشيدة، واختلف في السفيهة والبكر الصغيرة والأمة، فالمشهور أنهن كذلك؛ لأنه لا يعرف إلا بقولها فتصدق فيه كما تصدق في انقضاء العدة.

والقول بأن السفيهة لا يقبل قولها لمطرف في الثمانية؛ لأنها تسقط حقًّا وجب لها.

وقال سحنون في السفيه والأمة: وقد تقدم أن الكبيرة لا تأخذ الصداق إلا بعد اليمين على الظاهر، وأما الصغيرة فلا تحلف في الحال، ويقال للزوج: احلف فإن نكل غرم الجميع، وإن حلف دفع النصف، فإن بلغت حلفت وأخذت النصف الآخر، وإن نكلت لم يحلف الزوج ثانية، وبالجملة فهي كالصغيرة يقوم لها شاهد، وقيل لا يمين على الصغيرة بخلاف الكبيرة وهو بيّن.

(ص): **(وإذا أقرَّ به وأنكرته ثم أبانها فلها تكذيب نفسها للمهر)**

(ش): تصوره ظاهر.

ابن عبد السلام: وليس لقوله: (ثم أبانها) كبير فائدة، وفي المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: لمالك في "العتبية"، وهو قول سحنون في "نوازله": لها أن تأخذ الجميع، وإن بقيت على إنكارها لاعترافه بذلك.

الثاني: ليس لها إلا النصف، وإن رجعت إلى قوله إلا أن يشاء لإقرارها؛ لأنها لا تستحق إلا النصف.

الثالث: أن لها ذلك بشرط أن ترجع إلى قوله، وهو قول لسحنون وغيره من

الأشياخ، وبه فسر " المدونة[(١)]"، وهو الذي اقتصر عليه المصنف.

ابن بشير مفرعًا على هذا القول: وهذا ما دام مقرًّا بالوطء، فإن أنكر أيضًا فلا صداق لها.

قال الأشياخ: ومن سبق منهما بالرجوع إلى قول الآخر قُبِلَ قوله وحكم بمقتضاه. انتهى.

يريد: ولا يلتفت إلى رجوعه بعد ذلك.

ابن راشد: ولو كانت سفيهة لم يقبل قولها ووجب لها صداقها. وقاله ابن محرز في خلوة الزيارة، وأشار إلى أنه لا يختلف فيه، وذلك في خلوة البناء آكد، وأوجب. انتهى.

خليل: وفيه نظر، وليس في كلام ابن محرز ما يقتضي الاتفاق، وقد حكى اللخمي وغيره في البكر قولين:

أحدهما: أنها كالثيب وهي بالخيار أو وليها في أخذه.

والثاني لمطرف: لا خيار لها وعلى وليها قبض ذلك.

اللخمي: وهو أحسن إذا كانت خلوة بناء، وإن كانت خلوة زيارة لم تأخذه إلا أن تصدقه، وحكى ابن عبد السلام في الأمة والسفيهة القولين.

(ص): **(ويتشطر المهر بالطلاق قبل المسيس، ويسقط الجميع بالفسخ قبله، وفي سقوطه لاختيارها لعيبه: قولان...)**

(ش): أما تشطره فلقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

وقوله: ويسقط الجميع بالفسخ قبله، يستثنى من ذلك نكاح الدرهمين كما تقدم هذان القولان في آخر العيوب.

(ص): **(وزيادته ونقصانه لهما وعليهما على المشهور - كثمر الحائط، وغلة العبد، وولد الأمة، وما يوهب لهما، ونتاج الحيوان وغلته - لأن ضمان إذا طلقها منهما. وقيل: لها وعليها بناءً على أنه تبين بقاء ملكه على نصفه أو رجع بعد أن ملكته)**

(ش): ما ذكر أن المشهور وهو مذهب ابن القاسم في "المدونة[(٢)]" في كتاب

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٢.

النكاح الثاني والزكاة الثاني منها، والقول بأن الغلة لها والنقصان عليها لعبد الملك.

وقوله: (كثمر الحائط...إلخ) هي أمثلة للزيادة، وعطف المصنف نتاج الحيوان على غلته يدل على أن الولد ليس بغلة، وهو المشهور في المذهب خلافًا للسيوري في قوله: أن الولد غلة، وقد نص في "المدونة[1]" على أن ولد الأمة ونسل الحيوان يكون في الطلاق بينهما.

ابن الكاتب: فوجه قول ابن القاسم قوله عليه الصلاة والسلام: "الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ"، فلما كان ضمان هذه الأشياء قبل البناء منهما بإجماع أصحاب مالك، كانت الغلة بينهما، ووجه قول غيره أنه لما كانت لو هلكت هذه الأشياء قبل النكاح كان للزوج أن يدخل ولا شيء عليه بإجماعنا، كان الصداق في يدها أو في يد الزوج، صح أن ضمانه من الزوجة فوجب أن تكون الغلة لها.

وقول ابن القاسم أصح؛ لأن ملك الزوجة للصداق ملك غير مستقر قبل البناء، وإذا وقع البناء صح ملكها ووجب عليها ضمانه ولها غلته، فإذا طلق الزوج قبل البناء صح ملكها للنصف وملكه للنصف، فوجب أن تكون الغلة بينهما ونحوه لابن يونس.

ووقع لابن القاسم في الرهن من " المدونة[2]" ما ظاهره موافقة هذا القول؛ لأنه قال: ومن رهن امرأته رهنًا قبل البناء بجميع الصداق جاز ذلك، لأن عقد النكاح يوجب لها الصداق كله إلا أن تطلق قبل البناء، ويمكن تأويل هذا على أنها تملك الجميع ملكًا ظاهرًا لا حقيقة، ألا ترى أن لها الهبة، والبيع، والصدقة، والإعتاق بشرط أن يكون ذلك ثلث مالها فأقل، ولهذا أوجب عليها في "المدونة " زكاة الفطر، وقول المصنف لأن ضمانه إذا طلقها منهما هو توجيه لابن القاسم؛ لأن القائل الآخر يوافقه على ذلك.

الضمير في قول المصنف: (أو رجع) عائد على النصف، التقدير: أو رجع النصف للزوج بعد أن ملكته، وهذا ينبني على أن المرأة تملك الجميع بالعقد، وهذا الكلام كله يقتضي أن المشهور أن المرأة تملك بالعقد النصف، وهو خلاف ما شهره صاحب " الجواهر " وابن راشد فإنهما قالا: المشهور لا تملك المرأة بالعقد شيئًا. وعلله ابن راشد بجواز طروء الفسخ، ولو تقرر لها شيء لما سقط ملكها عنه.

ويقع في بعض النسخ: (وزيادته ونقصانه له وعليه)، ولعل ذلك ليوافق كلامه في

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٣.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٣.

"الجواهر"، والصحيح هنا ما قدمناه، وفي كلام صاحب " الجواهر " نظر لمخالفته "للمدونة"، ثم إن البناء الذي ذكره المصنف لا يوافق هذه النسخة، واختلف إذا أصدقها جارية ثم وطئ تلك الجارية قبل البناء، فهل يحرم أم لا؟ بناء على القولين اللذين ذكرهما المصنف.

(ص): (وفي معنى الصداق ما ينحله الزوج المرأة، أو لوليها في العقد أو قبله لأجله إذا شرطه؛ لأن للزوجة أخذه ممن نحله...)

(ش)، أي: يلحق بالصداق في التشطير ما ينحله، أي: يهبه الزوج للمرأة أو وليها أو غيرهما في العقد أو قبله، إذا كان ذلك على شرط النكاح؛ لأن الهبة للجميع، والنكاح داخلة في العوض، واستدل المصنف على ذلك بأن للزوجة أخذه، ولو لم يجب لها لم يكن لها أخذه.

ابن حبيب: ولو أن المرأة أجازت ذلك لوليها ثم طلقها الزوج قبل البناء، رجع الزوج بنصف ذلك الحباء على وليها أبًا كان أو غيره، كانت المرأة مولى عليها أم لا، ثم للمرأة أن تأخذ النصف الآخر إن كانت مولى عليها، والدليل على أن لها أخذه ما خرّجه أبو داود، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ عَلَى صَدَاقٍ أَوْ حِبَاءٍ أَوْ عِدَّةٍ قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لَهَا، وَمَا كَانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لِمَنْ أُعْطِيَهُ، وَأَحَقُّ مَا أُكْرِمَ عَلَيْهِ الرَّجُلُ: ابْنَتُهُ أَوْ أُخْتُهُ"(١)، وفي "الموطأ": أن عمر بن عبد العزيز كتب لبعض عماله: أن ما اشترطه الولي من الحباء فهو للمرأة إن أحبته.

واحترز المصنف بقوله: (في العقد أو قبله)، مما بعد العقد فإنه للولي كما نص عليه في الحديث، وكذلك نص عليه في "البيان".

فروع:

الأول: لا إشكال في الهدية المشترطة في العقد أنها كالصداق تتشطر بالطلاق، ويلزم الجميع بالموت أو بالدخول، وإن لم تشترط فاختلف قول مالك في "العتبية"، هل يقضي بما جرى العرف أن يهدى عند الأعراس، واختار ابن القاسم عدم القضاء، قال: ومما يبين ذلك لو مات أو ماتت لما كان لها فيه شيء، فهذا يدلك أنه لا يقضي له

---

(١) أخرجه أبو داود، برقم (٢١٢٩).

وإن كان ذلك مما جروا عليه.

وسئل ابن عتاب عن الهدية التي يهديها الأزواج للزوجات كالخفين والجوربين ونحوهما، هل يقضي على الزوج به إن امتنع، فقال: يقضي بهما عليه على قدره وقدرها وقدر صداقها، وليس عليها أن تثيبه إلا أن تشاء.

قيل: فهل يقضي عليه بالعرس والأجرة للخلوة المتعارفة عندهم، فقال: لا يقضي عليه بذلك إن امتنع منه، ويؤمر ولا يجبر.

ابن القاسم: ولا تلزمه الوليمة إن أباها؛ لأنها حسنة وليست بواجبة، وبه قال ابن لبابة، وقال أبو الأصبغ: الصواب عندي أن يقضي بالوليمة؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعبد الرحمن: "أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ"[1]، مع العمل به عند الخاصة والعامة، بخلاف ما يعطى للمشاطة على الجلوة، هذا مما لا يقضى به عندنا، ولا بأجرة ضارب ولا كبر.

خليل: وينبغي أن يجري على هذا الخلاف ما يهديه الأزواج للزوجات في المواسم كعيد الفطر والأضحى، والظاهر القضاء؛ لأن العرف عندنا كالشرط.

الفرع الثاني مرتب، اختلف على القول بالقضاء بالهدية على قولين:

الأول لابن حبيب: أنها تجري مجرى الصداق في التشطير بالطلاق والتكميل بالموت.

والثاني لمالك: إبطالها عن الزوج في الموت والطلاق، وعلى قياس قوله هذا؛ إن طلق بعد أن دفعها لم يرجع بشيء منها، وعلى القول بعدم القضاء بها فهي هبة لا بدّ لها من حيازة، وتكون كالهدية المتطوع بها بعد عقد النكاح.

واختلف في المتطوع بها بعد العقد، فحكى المتيطي في رجوع النصف إليه إذا طلق قبل البناء قولين:

ظاهر المذهب: أنه لا شيء له وإن كان قائمًا؛ لأنه طلق باختياره، قاله ابن القاسم، ورواه ابن نافع عن مالك.

والثاني لمالك أيضًا: أنه إن طلق قبل البناء رجع بنصفها، وإن طلق عليه لعدم النفقة فأجراها بعضهم على القولين في القضاء للمرأة حينئذ بنصف الصداق، فمن أوجب لها النصف لم يجعل له رجوعًا في الهبة، ومن لم يحكم بالنصف جعل له

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٢٠٤٨) ومسلم، برقم (١٤٢٧) والترمذي، برقم (١٠٩٤).

الرجوع فيه بشرط قيامها، وإن كان النكاح فاسدًا، وفسخ قبل البناء. فقال ابن القاسم: له ما أدرك من هديته.

وإن فسخ بعد البناء؛ فقال أصبغ: إن أهداه قبل البناء فلا شيء له، وإن وجدها قائمة؛ لأن الذي أهدى عليه قد وصل إليه، ولو كان إنما أعطاها ذلك بعد البناء، ثم فسخ نكاحها بحدثان ذلك فله أخذ ما أعطاها؛ لأنه إنما أعطاها على ثبات الحال والعشرة، وإن كان الفسخ بعد طول الزمان سنتين أو سنين فلا أرى له شيئًا، وإن وجدها بعينها؛ لأن الذي أعطى له قد نتج وانتفع به، فالفسخ كطلاق حادث منه.

ابن عبد السلام: وإن كان النكاح صحيحًا، واطلع على عيب في المرأة فردها قبل الدخول، رجع في الهبة على ما في كتاب الصرف من " المدونة[1]" في الذي يهب لأجل البيع خلافًا لسحنون، وهذا إن كانت الهبة قائمة، فإن دخلها نقص أخذها على حالها ولا شيء له، وإن زادت كان لها أن تدفع قيمتها يوم أعطاها، قال بعضهم: والقياس أنها له بزيادتها، وإن فاتت بهلاك، فمن الشيوخ من قال: لا شيء عليها، كمن أثاب عن صدقة ظنًّا منه أنه يلزمه، ومنهم من أنكر هذا التشبيه.

الثالث: إذا شوَّر الأب ابنته بجهاز من ماله أو وهب لها ذلك، وأورده بيت البناء، صح للبنت ملك الهبة حيًّا أو مات أو إيراده في بيت البناء من أعظم الحيازة، بل لها ذلك بالإشهاد وإن لم يحزه في بيتها.

فقد سُئِلَ ابن أبي زمنين عن الجارية البكر تتخذ الشورة في بيت أبيها بصنعة أو يد أمها أو يشتري ذلك لها أبوها، ثم يموت الأب فيريد ورثة الأب الدخول مع الابنة، فقال: أما ما كان من ذلك قد سماه لها، وأشهد أنه شورة لابنته أو لم يشهد عليه إلا أن الورثة يقرون أن ذلك كان لابنته مُسمًّى ومنسوبًا إليها، فلا دخول للورثة فيه، وحوز مثل هذا أن يكون بيد الابنة أو الأم لا يستطاع حوزه إلا بمثل هذا؛ لأنها لو كلفت كلما عملت شيئًا أو اشترى لها أبوها شيئًا، أن يخرجه الأب لشق ذلك؛ لأنه مما يستفاد شيئًا بعد شيء.

الرابع: لو أشهد أن الذي شوَّر ابنته به إنما هو على وجه العارية نفعه ذلك، وله أن يسترده متى شاء ولو طال ذلك، وإن جهزها ولم يصرح بهبة ولا عارية، ثم ادعى أنها

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٤.

عارية عندها، فإن قام عن قرب من البناء فالقول قوله مع يمينه كان ما ادعاه معروفًا له أم لا سواء أقرت بذلك البنت أم لا، إذا كان فيما ساق لزوجها وفاءً بما أعطاها سوى هذا الذي ادعاه الأب وإن بعد فلا قيام له.

قال في "الواضحة": وليس السنة بطول.

وقال غير واحد من الموثقين: إن قام قبل العام فالقول قوله بغير يمين؛ لأن مثل هذا عرف بين الآباء، وإن قام بعد العام أشهرًا لم يلتفت إلى قوله.

وقال أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم: العشرة الأشهر عندي كثيرة تقطع حجة الأب.

بعض الموثقين: وإن كان قيام الأب على بعد من البناء، والأصل له معروف أم لا، ثم قام فليس له ذلك وهو للابنة بطول حيازتها ولا ينفعه إقرار الابنة؛ إذا أنكر ذلك الزوج.

ابن الهندي: إلا أن تكون خرجت من ولاية أبيها، فيلزمها الإقرار في ثلثها، وللزوج مقال فيما زاد على الثلث، ولا تقبل دعوى العارية إلا من الأب في ابنته البكر فقط، وأما الثيب فلا لأنها لا رضى للأب في مالها.

(ص): **(وما زاده في صداقها طوعًا بعد العقد، فإن لم تقبضه لم تأخذ منه في الموت شيئًا؛ لأنها عطية لم تُقْبض، وتأخذه أو نصفه في الطلاق)**

(ش)، يعني: إذا زاد الرجل زوجته شيئًا في صداقها بعد العقد، فإنه يبطل في الموت أو الفلس؛ لأنها **عطية لم تقبض**، وهذا هو المشهور.

وقال ابن الجلاب: القياس عندي أن تجب لها الزيادة، ونحوه للأبهري وغيره من شيوخنا العراقيين، ووجهه أنكم لما حكمتم بالتشطير للطلاق دلَّ على أن الزيادة محكوم لها بكونها من الصداق؛ إذ لو كانت **عطية** لما تشطرت بالطلاق، وإذا حكم لها بحكم الصداق يلزم ألا تبطل بالموت، والجواب لابن القاسم: أنها عطية، لكن إنما التزمها على صفة أن تكون صداقًا، فلأجل هذا أبطلناها بالموت، وقلنا: أنه لا يلزمه في الطلاق إلا النصف؛ لأنه لم يلتزم إلا ذلك.

قوله: (وتأخذه أو نصفه في الطلاق) أو للتفصيل، أي: تأخذه كله إن وقع الطلاق بعد البناء أو نصفه إن وقع قبله.

(ص): **(وتتعين القيمة في الهبة، والعتق، والتدبير، والبيع، ونحوها يوم أفاتته،**

وقيل: يوم قبضته بناء عليهما، أو نصف الثمن في البيع)

(ش)، يعني: إذا وقع الطلاق بعد الفوات فإن الزوج يرجع عليها في المثلي بالمثلي، وفي المقوم بالقيمة.

فإذا وهبت العبد أو دبرته أو أعتقته أو باعته رجع عليها بنصف القيمة يوم الإفاتة على المشهور، وهو مذهب ابن القاسم في "المدونة[١]"، وقال: غيره فيها بل بنصف قيمته يوم القبض.

وقوله: (بناء عليهما) أي: على القولين السابقين أو التعليلين، أي: هل تملك النصف أو الجميع؟ وهو ظاهر.

قوله: (أو نصف الثمن في البيع) معطوف على القيمة، أي: تتعين القيمة في الهبة، والعتق، ونصف الثمن في البيع يريد بشرط عدم المحاباة. ونبه بقوله: (نِصْفَ) على أن لفظ القيمة المذكورة أولى من باب حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه؛ لأنه إن أوجب نصف الثمن في البيع فبالضرورة يجب نصف القيمة في الهبة ونحوها. ولو قال المصنف: (وتتعين القيمة في الهبة والعتق والتدبير.... إلخ)، وسكت عن البيع لكان أحسن؛ لأن ذكره البيع أولا يقتضي أنه يتعين فيه نصف القيمة وليس كذلك.

وقوله: (أو نصف الثمن في البيع) ينافيه، ولا يقال: أن (أو) في قوله: (أو نصف الثمن في البيع) للتخيير، وأنه في البيع مخير في أن يرجع بنصف القيمة أو الثمن؛ لأن النقل لا يساعده، والله أعلم.

(ص): (ولا يرد العتق إلا أن يرده الزوج لعسرها يوم العتق، فلا يعتق منه شيء، فإن طلقها عتق نصفه كالمفلس يعتق ثم يُوسِرُ، وفي القضاء عليها: قولان...)

(ش)، يعني: وليس للزوج رد العتق إلا أن تكون معسرة حين العتق، يريد أو كان العبد أكثر من ثلثها فإن للزوج أن يرد ذلك، فإن عَلِمَ ولم يرد جاز لعدم إنكاره.

قال ابن القاسم في "المدونة[٢]": ولا يختص هذا بالعتق بل وكذلك الصدقة والهبة.

وقوله: (فلا تعتق منه شيء)، هو كقوله في باب الحجر: (وإذا تبرعت بما زاد فله أن يجيز الجميع أو يرده)، وقيل: أو يرد ما زاد على الثلث خاصة كالمريض سوى

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٥.

العتق؛ لأنه لا يتبعض، وظاهره أنه يتفق في العتق على رد الجميع.

ونقل ابن يونس، عن ابن القاسم قولا: بأنه يعتق الثلث، وإن كره الزوج، قال: ورواه عن مالك.

وقوله: (فإن طلقها عتق...إلخ)، هو قول ابن القاسم: وهو المشهور ووجهه أن المانع وهو حق الزوج قد زال.

وقال أشهب: لا يعتق منه شيء؛ لأن الزوج رد عتقها فيه.

وعلى المشهور فنص ابن القاسم في "المدونة[١]": على أنها لا تجبر على العتق بل تؤمر به، وقال غيره: تجبر عليه.

(ص): (ويتعيّن ما اشترته من الزوج به من عبد أو دار، أو غيره نَمَا أو نقص أو تلف، كأنه أصدقها إياه، ولذلك لم يكن لها أن تعطيه نصف الأصل إلا برضاه بخلاف غيره...)

(ش)، يعني: إذا أصدقها عينًا فاشترت به من الزوج شيئًا لا يصلح لجهازها من عبد أو دار أو نحوه، فالصداق في الحقيقة ما أخذته وذكر العين مبلغًا وسواء نما ما اشترته أو نقص، فيتعين ما أعطى فلا يكون له إذا فسخ إلا هو، ولا إذا طلق قبل البناء إلا نصفه، وهذا مذهب " المدونة[٢]".

وقال عبد الملك: إذا طلقها قبل البناء يرجع عليها بنصف الأصل، وقيّد القاضي إسماعيل ما في "المدونة[٣]" بما إذا قصدت بأخذ ما اشترته التخفيف، وفهمها الأكثرون على الإطلاق.

قوله: (ولذلك لم يكن... إلخ)، ولأجل ما قلنا من أن الصداق في الحقيقة ما اشترته لو أرادت إمساكه، وإعطاء نصف الأصل، أي: العين لم يكن لها ذلك إلا برضا الزوج، وهذا إنما ذكره في "المدونة[٤]" فيما اشترته من غير الزوج ما يصلح للجهاز لكن لا فرق.

وقوله: (بخلاف غيره): ما لو اشترت من غير الزوج ما لا يصلح للجهاز، فإنه

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٥.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٦.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٦.

(٤) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٧.

يرجع عليها بنصف الأصل؛ لتعديها بشرائها إذا لم يأذن لها فيه.

(ص): **(وكذلك ما اشترته منه ومن غيره من جهاز مثلها)**

(ش)، يعني: أن ما تقدم من مخالفة الشراء من الزوج للشراء من غيره، إنما هو إذا اشترت ما لا يصلح للجهاز كما ذكرنا، وأما إذا اشترت ما يصلح للجهاز فلا فرق بين الزوج وغيره، فلا يرجع إلا بنصفه لأنها مجبورة على شراء ذلك، وهذا ما لم تكن ذات عيب، وأما إن كان بها عيب يوجب الرد، فله الخيار في أخذ العين أو الجهاز؛ لأنها كانت في حكم المتعدي، قاله اللخمي، وهذا إذا علم بالعيب فطلق، ويختلف إذا لم يعلم حتى طلق.

فرع:

من حق الزوج أن يلزم الزوجة أن تتجهز بصداقها. قاله مالك وجميع أصحابه إلا ابن وهب فإنه لم يلزمها التجهيز به.

وحكى ابن لبابة: أنها تمسك منه ربع دينار؛ لئلا يعرو البضع عن صداق، وأنكر؛ لأنها إذا تجهزت بجميعه كان في حكم مالها.

مالك في "الموازية": وإن كان العرف أن تشتري منه خادمًا فعل ذلك، ويلزمها أن تصرفه فيما جرى العرف به، وتفعل الأوكد، فإن وكد قيل: لا، لو جعلت الجميع في طيب، ثم تطالبه بعد ذلك بالكسوة؛ لكان ضررًا على الزوج.

اللخمي: وإن كان الصداق دارًا أو خادمًا فليس عليها أن تبيع ذلك لشورتها، وعلى الزوج أن يأتي عند البناء بما يحتاج إليه من غطاء ووسد وهذا مع العادة، وإن كانت العادة أن الأب يأتي بمثل ذلك أو هي إن لم يكن أب، ولم يره في الصداق لأجل ذلك، جرى على الخلاف بالقضاء بهدية العرس، هل تبقى على أصله مكارمة ويقضى به للعادة، وإن زيد في الصداق لأجله أجبر الأب أو هي، قال: وكذلك إن أصدقها شيئًا يُكَال أو يوزن لها أن تحبسه، وليس عليها أن تتشور به.

المتيطي: وقال بعض الموثقين: إن كان النقد عوضًا أو حيوانًا أو طعامًا أو كتابًا أو ثيابًا وجب عليها بيعه والتجهيز به.

ونص ابن زرب: على أن المرأة يلزمها بيع العقار للتجهيز بثمنه، كما قاله اللخمي، وهل للأب بيع ما ساقه الزوج لها من الأصول قبل البناء؟

حكى القاضي محمد بن بشير: أنه ليس له ذلك للمنفعة التي للزوج فيه، وقال

غيره: له أن يفعل في ذلك ما شاء على وجه النظر ولا مقال للزوج فيه، أما إن أرادت الزوجة أو أبوها بيع المسوق إليها في صداقها، وتشتري بثمنه جهازًا من حلي وغيره؛ فليس للزوج في ذلك متكلم، رواه عيسى، عن ابن القاسم في "العتبية".

وإذا كان الصداق عينًا وحكمنا بوجوب التجهيز، فإنها تمنع أن تنفق منه أو تكتسي.

مالك: إلا أن تكون محتاجة فتأكل وتكتسي بالمعروف.

قال في الديات من " المدونة[1]": ولا تقضي منه دينًا قبل البناء إلا الشيء الخفيف كالدينار ونحوه، وأما بعد البناء فلها قضاء دينها من شوارها وكالئ صداقها، وليس لذلك بعد البناء حد، رواه يحيى عن ابن القاسم.

ابن حارث: وأما القديم فلا، ولا يلزم الزوجة أن تتجهز بكالئها إذا بر قبضته بإثر البناء، فإن تأخر البناء حتى قبضت كالئها لزمها أن تتجهز به، وإن أبت أخذه لئلا يلزمها التجهيز به، ودعاها الزوج على قبضه والتجهيز به لزمها ذلك، وهذا هو المشهور من المذهب، وقال بعض الموثقين: ليس عليها أن تجهز بكالئها إذا قبضه قبل البناء.

(ص): (**ولو أصدقها من يعتق عليها وهو عالم لم يرجع بشيء، ورجع إليه، وقال ابن القاسم: الأول أحبُّ إليَّ....**)

(**ش**): قوله: (وهو عالم) إن علم أنه يعتق عليها، كذا فسره ابن القاسم، يعني: إذا تزوجها بمن يعتق عليها، فالنكاح صحيح ولا يعتق، ثم إن طلق قبل البناء فاختلف قول مالك، هل يرجع عليها بنصف قيمته أم لا؟ فوجه عدم الرجوع أنه لما علم أن ملكها ألا يستقر عليه فقد دخل على ألا شيء له، وكأنه دخل على الإعانة على العتق، فلو رجع كان في ذلك رجوعًا عمَّا أراد، ووجه اختيار ابن القاسم أنه لما خرج من يده لأجل البضع، وقد استقر ملكها عليه، ولولا ذلك لم يصح النكاح ولم يعتق عليها، وقد انتفعت بعتق قريبها فكان ذلك كاشترائها له.

قوله: (ورجع إليه) يقتضي أن مالكًا قال أولا بالرجوع ثم رجع إلى عدمه، وهذه المسألة في "المدونة[2]" وليس فيها ما يدل على أولية الزمان، وإنما ذكر الأولية بحسب الذكر، فنقل عن مالك الرجوع ونقل بعده استحسان عدم الرجوع.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٨.

قال: وقوله (الأول أحبُّ إليَّ) فالأول هنا إنما هو باعتبار الحكاية لا باعتبار الزمان، هكذا قال ابن عبد السلام: وحكى في "البيان " الاتفاق على جواز النكاح إذا تزوجها على أبيها أو أخيها أو من يعتق عليها، وظاهر كلام المُصنِّف وكلامه في "المدونة[١]" على ما أشار إليه فضل أنه لا فرق في ذلك بين البكر والثيب.

وقال ابن حبيب في "الواضحة": وقول من كاشفت من أصحاب مالك، وذكر في "التنبيهات " عن بعضهم أنه تأول " المدونة[٢]" على أنه يعتق على البنت الرشيدة، وأما البكر والسفيهة فلا يجوز ذلك للولي؛ لأن العتق ضرر، كما لا يجوز للوصي أن يشتري لمن يلي عليه من يعتق عليه.

ابن يونس وعياض: وهو خير من كلام ابن حبيب في البكر، واعلم أن لهذه المسألة أربع صور: إما أن يعلما؛ أو يجهلا؛ أو يعلم الزوج فقط؛ أو الزوجة فقط.

ونصَّ اللَّخْمِيُّ على جريان القولين اللذين حكاهما المُصنِّف فيما إذا علما أو جهلا، قال: وعدم الرجوع في جهلهما أبين؛ لأنه بمنزلة ما لو هلك بسماوي.

وذكر عياض أن حمديس: فسر " المدونة[٣]" بما إذا كان الزوج عالمًا وأن أكثرهما اختصرها كذلك ولم يقيّد بعلم الزوج، فيشكل القول بعدم رجوعه على المرأة.

ونصّ ابن حبيب: على أنه يعتق عليها في الأوجه الأربعة قال: وسواء كانت بكرًا أو ثيبًا لما قدّمنا عنه.

قال في "البيان " بعد كلامه: وهذا في البكر إذا لم يعلم الأب أو الوصي، وأما إذا عَلِمَ فلا يعتق عليها.

واختلف هل يعتق عليه هو على قولين، وأما إذا أُعْتِقَ عليها ولم تعلم وعلم الزوج رجعت عليه بقيمته؛ لأنه غار، وقيل: أنه لا يعتق عليها إذا غرها به، وترد إليه ويكون لها قيمته أو نصف قيمته، إن طلقها قبل البناء.

واختلف في ذلك قول ابن الماجشون، وقال ابن كنانة: إذا غرها يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، ويكون لها صداق المثل وتغرم له قيمته ويعتق عليها، وأما إن علمت ولم يعلم الزوج فلا رجوع لها عليه، وله هو إن لم يعلم وعلمت هي، أو لم

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٨.
(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٩.
(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٥٩.

تعلم إن لم يكن لها مال أن يرد عتقه ليباع في جهازها، وأن يرجع في نصفه إن طلقها قبل الدخول.

(ص): (وإن جَنَى العبد خُيِّرت فإن فدته لم يأخذ نصفه إلا بنصف فدائه أو جنايته، فإن أسلمته لم يرجع بشيء إلا أن تُحَابي...)

(ش)، أي: إذا جنى العبد الصداق، وهو في يد المرأة خيرت في فدائه أو إسلامه، فإن فدته فإما أن تفديه بمثل أرش الجناية أو أقل أو أكثر، فإن فدته بمثلها أو أقل فليس له إذا طلق أن يرجع في نصف العبد، إلا إذا دفع نصف ما فدته به، وهذا معنى قوله: (بنصف فدائه)، وإن فدته بأكثر فلا يلزم الزوج الأكثر بل له أن يدفع نصف الجناية ويأخذ نصف العبد؛ لأنها متبرعة بالزائد، وهذا معنى قوله (أو جنايته) فتكون (أو) للتفصيل؛ أي: يكون على الزوج نصف الفداء إن كان مثل أرش الجناية أو أقل، ونصف الأرش إن فدته بأكثر، هكذا قرر ابن راشد هذا الموضع، ويدل عليه أنها لو أسلمته لم يرجع بشيء إلا أن تحابي بأن تكون قيمة العبد أكثر من أرش الجناية.

قال في "المدونة[1]": وإن أسلمته فلا شيء للزوج إلا أن تحابي، فلا يجوز محاباتها على الزوج في نصفه.

ابن المواز: إذا حابت كان الزوج على خيار، إن شاء أجاز دفعها، وإن شاء غرم نصف الجناية وكان به نصف العبد.

وحمل ابن عبد السلام كلام المُصنِّف: على أنه إذا فدته بأكثر من الأرش لا يكون له أخذه إلا بعد دفع ما فدته به كما في المثل والأقل، قال: لأنها كالمشترية له بالفدية.

وقد صرّح الشيخ أبو محمد بخلافه ويتبين لك ذلك بكلام ابن يونس قال: ومن "المدونة[2]": ابن القاسم: وإن كانت المرأة قد فدته - يريد: قبل الطلاق - لم يأخذ الزوج منها نصفه إلا أن يدفع إليها نصف ما فدته به.

ابن المواز: وإن حابت.

أبو محمد: يريد إلا أن يعطيه أكثر من الأرش. وكذلك قال اللخمي مثل الشيخ أبي محمد، ومعنى كلام ابن المواز: وإن حابت؛ أي: تفديه بقيمة الأرش وهو أكثر من قيمة العبد. كذا فسره ابن يونس وأبو الحسن.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٠.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٠.

ابن يونس: وإنما لم يرجع في نصف العبد إلا بعد دفع نصف الأرش، وإن كان أكثر من قيمة العبد؛ لأنها لو أسلمته في الأرش لم يكن للزوج أن يأخذ نصفه إلا بعد دفع نصف الأرش، ولعل ابن عبد السلام اعتمد على ظاهر كلامه في "المدونة[١]"، وكلام ابن المواز.

ويقع في بعض النسخ بإثر هذه المسألة ما نصه: ولو جنى وهو في يد الزوج فليس له دفعه، وإنما ذلك للمرأة وهو كذلك في "المدونة[٢]"، ووجهه ظاهر؛ لأن الصداق قبل الطلاق من حقوق المرأة.

(ص): (ولو تلف في يد أحدهما، فما لا يغاب عليه منهما، وما يغاب عليه ممن هو في يديه، فإن قامت بيّنة؛ فقولان...)

(ش): لهذه المسألة نظائر في ضمان ما يغاب عليه، وعدم ضمان ما لا يغاب عليه، وهي الرهن، والعارية، والمبيع بالخيار، والمحبوسة في الثمن على المشهور في المحبوسة، وما ذكره من عدم الضمان في ما لا يغاب عليه هو المشهور.

وذكر ابن حارث أنهم اختلفوا إذا مات العبد في يدها ثم طلقها قبل البناء على قولين:

روى أشهب أنه يرجع عليها بنصف قيمته.

وقال أشهب وابن نافع: لا يرجع عليها بشيء، وهل يحلف من هو بيده فيما لم يغب عليه ما فرطت ولا ضيعت، فينبغي أن يجري فيه الخلاف الذي في الرهن وفي سائر أيمان التهم.

ثالثها: تتوجه على المتهم دون غيره. ورأى عبد الحق أن اليمين تتوجه، وإن قلنا أن أيمان التهم لا تتوجه في غير هذا الموضع؛ لأنه قبض لحق نفسه.

وقوله: (وما يغاب عليه ممن هو في يديه) أي: ضمانه ممن هو في يديه من الزوجين، وأما لو كان بيد أمين فهو كالأول، فإن قامت بينة بهلاك ما يغاب عليه، فقال ابن القاسم: يبرأ؛ لأن الضمان عنده في هذا القسم بالأصالة، وظاهر هذين القولين التعميم؛ أي: أعني سواء كان لهذا الذي يغاب عليه مكيلا أو موزونًا أو عينًا.

وحكى في "البيان " ثالثًا: أن العين تضمن مطلقًا، والمكيل الموزون يضمن إلا أن

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦١.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦١.

تقوم البينة.

(ص): **(وما أنفق على الثمرة من سقي وعلاج عليهما، وفي رجوع من أنفق منهما على العبد: قولان....)**

(ش): نحوه في "الجواهر"، وهو يقتضي الاتفاق على الرجوع في الثمرة، وقال اللخمي: النفقة تابعة للغلة. فخرج على قول عبد المالك أنها لا ترد الغلة قولا بأنها لا ترجع بنفقة الثمرة، والقول بأنها ترجع بنفقة الثمرة وبما أنفقت على العبد لابن المواز وعبد الملك ونصا مع ذلك على أنه ترد نصف الغلة.

اللخمي: ولا وجه له.

والقول بأنها ترجع بنفقة العبد هو الجاري على المشهور، هكذا أشار إليه اللخمي وابن راشد.

اللخمي: وترجع عليه بنصف النفقة ما لم تكن أكثر من نصف الغلة، ونقل ابن راشد، عن ابن دينار أنه قال: إن كانت له غلة كانت له نفقة منها، وإن لم تكن له غلة فلا رجوع عليها بشيء.

ابن عبد السلام: واختلفت طرق الشيوخ فمنهم من جعل الرجوع بالنفقة تابعًا للغلة، ومنهم من جعل الغلة بينهما، والنفقة على المرأة، ومنهم من قال: أما الأصول وشبهها فعلى القول بأنها تملك نصف الصداق فترجع بنصف الغلة، وعلى القول بأنها تملك الجميع، اختلف على قولين، على الخلاف فيمن أنفق فيما استحق عليه بالشفعة وشبه ذلك، واختلف أيضًا إذا أنفقت عليه في تعليم صنعة أو تأديب، فنقل اللخمي عن مالك في "المبسوط": أنها ترجع بنصف ما أنفقت على العبد والجارية إذا ارتفع ثمنهما كذلك. وقال بعض الشيوخ: لها الأقل من نصف ما أنفقت أو نصف ما زاد الثمن بذلك.

ونقل ابن يونس، عن ابن القاسم ومالك: أنها لا ترجع بما أنفقت عليه في تعليم صنعة، وقال: وهو يدل أنها لو أنفقت عليه في طعام وملبس أنها ترجع عليه، وجعل هذا خلافًا لقول ابن حبيب الذي نقله عنه بعدم الرجوع بما أنفقته على العبد.

اللخمي: وأرى لها الأقل من نصف ما أنفقت أو نصف ما زاد ثمنها، والفرق على أحد القولين بين النفقة على الثمرة والعبد من وجهين:

أولهما: أن الثمار إنما نشأت عن السفر والعمل بخلاف العبد، فإن النفقة إنما

حفظت قوته.

ثانيهما: أن العبد يخدم ويتجمل به فكانت النفقة في مقابلة ذلك.

اللخمي: ويختلف إذا كان العبد صغيرًا لا غلة له، أو دابة لا تركب، أو شجرًا لا يطعم، فانتشأ كل ذلك بنفقة الزوجة ولم تأخذ غلة، هل للزوج نصف ذلك ويدفع النفقة أو يكون فوتًا ويأخذ قيمة نصيبه يوم قبضه؟

فرع:

إذا قبضت المرأة الغلة، فقال محمد: ما اغتلت فهلك بيدها من غير سببها لم تضمن، وهي فيه مصدقة مع يمينها إن أخذت في الغلة حيوانًا، ولا تصدق في هلاك العين إلا ببينة، وأما الزوج فهو ضامن لما اغتل من عين وغيره؛ لأنه متعد في استغلاله.

(ص): **(وإذا وهبته جميع صداقها لم يرجع بشيء، وإن وهبته بعضه رجع أو رجعت بنصف الباقي.....)**

(ش)، يعني: إذا وهبت الزوجة صداقها لزوجها، ثم طلقها قبل البناء لم ترجع عليها بشيء، ويصح أن يقرأ (ترجع) بالتاء المثناة من فوق، وهو أيضًا ظاهر إلا أن تدل قرينة على أن قصدها بالهبة واستصلاح عشرته ودوام عصمته، فيكون حكمه حكم ما لو أعطته مالا على ألا يطلقها فطلقها وقد تقدم، وكذلك قال جماعة: إذا أقرضت زوجها وأخرته بذلك أجلا ثم طلقها، أنه يحل عليه ما أجلته؛ لأن مقصوده بالتأجيل حسن عشرتها وذلك مناف لطلاقها.

خليل: وينبغي أن يقيد جواز هبتها للزوج بما إذا لم يتفقا على النكاح بغير صداق، لذلك قال مالك في "الموازية": إذا وهبته قبل البناء جميع الصداق أجبر على ألا يدخل بها حتى يعطيها ربع دينار فأكثر، فإن لم يفعل حتى طلق فلا شيء عليه.

وقوله: (وإن وهبته بعضه) مثاله: لو كان الصداق مائة فوهبته خمسين يرجع عليها إذا طلّقها بخمسة وعشرين إن كان دفع إليها الصداق، وإن لم يدفع إليها شيئًا رجعت بخمسة وعشرين، وحاصله أن ما بقي بعد الهبة كأنه جميع الصداق.

قال صاحب " المحكم": ولا يقال: وهبتك، هذا قول سيبويه، وحكى السيرافي، عن أبي عمران: أنه سمع أعرابيًا يقول للآخر: انطلق معي أهبك نيلا.

فقول المصنف: (وهبته) لا يأتي على مذهب سيبويه، ولم يقع في القرءان إلا معدًا باللام كقوله: لأهب لك، ووهبنا له، وهب لي، إلي غير ذلك.

(ص): **(ولو وهبته لأجنبي ويحمله الثلث وقبضه قبل الطلاق رجع عليها دونه، وإن لم يقبضه قبله أجبرت هي، ويُجْبَرُ المُطَلِّقُ إن كانت مُوسِرَةً يوم الطلاق، وقيل: أو يَوْمَ الهِبَةِ....)**

(ش)، يعني: ولو وهبت صداقها لأجنبي وحمله الثلث، فإن قبضه الموهوب له قبل الطلاق فلا رجوع للزوج على الموهوب له، وإنما يرجع عليها بنصفه، واشترط أن يحمله الثلث؛ لأنه إن جاوزه بطل جميعه إلا أن يجيزه الزوج.

وقوله: (ويحمله الثلث) ينبغي أن يكون خبر مبتدأ مضمر؛ لأن الجملة حالية، والجملة الحالية إذ صدرت بمضارع لا يكون فيها واو، كما فعلوا في قول العرب: قمت وأصك عينه، وفي بعض النسخ: (وحمله الثلث) أي: وإن لم يقبض الموهوب له والمسألة بحالها أجبرت هي على إمضاء الهبة، ولا يجبر المطلق على دفعه إلا بشرط أن تكون موسرة يوم الطلاق، سواء كانت معسرة يوم الهبة أم لا، ولا شك في عدم إجباره إن كانت معسرة يوم الطلاق ويوم الهبة؛ لأنه قد تبين أن النصف له.

اللخمي: وعلى القول بأنها تملك بالعقد الجميع لا مقال للزوج فارق هو، وإن لم يكن له مقال من وجه ملكه لنصف الصداق، فله مقال من جهة مال الزوجة، قيل: إذا طلق سقط مقاله في مال الزوجة، وعاد مقاله من باب الدين، والدين طرأ بعد الطلاق، وكانت وهبت ولا دين عليها، واختلف إذا كانت موسرة يوم الهبة ومعسرة يوم الطلاق.

فقال ابن القاسم في "المدونة[1]": لا يجبر، وقال غيره فيها: يجبر، وهذا معنى قوله: إن كانت موسرة يوم الطلاق، وقيل: أو يوم الهبة، قيل: وقول ابن القاسم أصح؛ لأن للزوج أن يقول لم يوجب لها الشرع غير نصف الصداق، كأن طلقت قبل البناء، وما وهبته من النصف الآخر قد انكشف أنها لا تملكه وهو بيده، فلا أدفعه وأتبع ذمة خربت كما لو كانت معسرة يوم الهبة والطلاق.

فرع :

واختلف إذا قبض الموهوب له من المرأة جميع الصداق، ورجع عليها الزوج بنصفه لأجل طلاقه، هل ترجع على الموهوب له بالنصف، ففي "الموازية": لها أن ترجع عليه، وقال ابن الكاتب: دليل " المدونة[2]" أنها لا ترجع لقوله فيها: وعلى الزوج

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٢.

دفع جميعه إلى الموهوب له لما دفع الزوج إليه شيئًا، ثم ترجع المرأة به إذ لا فائدة في ذلك.

خليل: وصرح في أصل " المدونة[(١)]" بأنها لا ترجع بالنصف على الموهوب له. ونقله عياض وذكر عن بعضهم أنه تأول " المدونة " على ما إذا وهبت هبة مطلقة، وقالت للموهوب له: اقبضها من زوجي، ولو صرحت بهبة الصداق فلها أن ترجع كما في "الموازية".

(ص): **(ولو خالعته على عبد أو شيء تعطيه لم يبق لها طلب بنصف الصداق على المشهور...)**

(ش)، يعني: إذا خالعت الزوجة زوجها قبل البناء على أن تعطيه شيئًا من مالها عبدًا أو غيره وسكتا عن الصداق، فالمشهور أنها لا يبقى لها طلب بالنصف وسواء قبضته أم لا، وترده إذا قبضته؛ لأنها لما دفعت من مالها دلّ على إسقاط حقها من نصف الصداق، والشاذ يحتمل أن يكون لها النصف سواء قبضته أم لا وهو قول أشهب، ويحتمل أن يكون لها النصف بشرط القبض وهو قول أصبغ، وقول أشهب أظهر من المشهور؛ إذ لا يستباح ملك أحد إلا بالنص منه أو الرضا، أما إذا نصت على الاتباع بنصف الصداق، أو اشترط عليها الاتباع، لاتبع الشرط بالاتفاق.

(ص): **(بخلاف المدخول بها، وعلى المشهور فإن كانت قبضته ردته)**

(ش)، أي: وأما لو خالعت المدخول بها على شيء، فإنه لا يسقط ذلك صداقها لتقرره بالدخول وسواء قبضته أم لا، نص على ذلك سحنون.

وقال ابن عبدوس: إنما ذلك إذا قبضته، وإن كانت لم تقبضه فلا شيء لها منه.

وقوله: (على المشهور...إلخ)، هو راجع إلى الفرع الأول، أعني: إذا لم يحصل دخول، وقد تقدّم.

ابن عبد السلام: ويقرب من مسألة ابن عبدوس وسحنون ما في "المبسوط": في من خالع امرأته على أنها إن ولدت منه فعليها نفقته في الحولين، فقال مالك في "المبسوط": ليس لها أن تطلبه بنفقة الحمل ولا بصداقها، وقال المغيرة: لها نفقة الحمل ولا شيء لها من الصداق، وقال بعضهم: معناه - والله أعلم - أنها لم تكن قبضته -

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٣.

يعني: الصداق -، وأما لو قبضته لم ينزع منها.

(ص): **(أما لو خالعته على عشرة دنانير من صداقها فلها نصف ما بقي)**

(**ش**): ما لو كان صداقها ثلاثين دينارًا وخالعته على عشرة، فلها النصف الذي بقي، أي: عشرة.

اللخمي: وسواء قالت له: خالعني أو طلقني، إذا اشترطت العشرة من الصداق.

(ص): **(وإن لم تقل من صداقها لزمها، ولها تملك نصفه)**

(ش)، أي: تلزمها العشرة، ولها النصف كاملا وهو خمسة عشر، فيتقاصان في عشرة، وتأخذ منه خمسة فقط، وحاصله أن العشرة ساقطة في الصورة الأولى من جميع الصداق، وفي الثانية من نصفه.

واعلم أن هذه المسألة إذا لم تقل من صداق على وجهين، إن قالت: طلقني على عشرة، فاتفق ابن القاسم على أن لها نصف صداقها، وإن قالت: خالعني على عشرة، فاختلف فيها، فقال أشهب: لها نصف الصداق كالتي قبلها، وقال ابن القاسم: لا شيء لها، وإن قبضته ردته، وكأنه رأى أن بعض الخلع يقتضي خلع ما لها عليه من حق وزادته عشرة دنانير.

وقال أصبغ: إن قبضته كان لها، وإن لم تقبضه لم يكن لها منه شيء، وسواء قالت: خالعني أو طلقني، هكذا حكى اللخمي هذه الثلاثة الأقوال واستحسن قول أشهب؛ لأن قولها: خالعني، إنما يتضمن خلع النفس والإبراء من العصمة، ليس الاختلاع من المال، وعلى هذا فهذه المسألة بمنزلة ما إذا خالعته على عبد وشيء؛ لأنه في كل من المسألتين حصل الخلع على شيء، وسكت عن الصداق.

(ص): **(وعفو أبي البكر عن نصف الصداق بعد الطلاق** ماض **لا قبله، وعن ابن القاسم إلا بوجه نظر...)**

(**ش**): لقوله تعالى ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة:٢٣٧] أي: إلا أن يعفو النساء المالكات لأمرهن عن النصف الذي لهن أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح.

مذهب مالك: أن الذي بيده عقدة النكاح هو الأب في ابنته، ومذهب أبي حنيفة والشافعي: أن الزوج ينبغي له أن يكمل لها الصداق، وقال بكل من القولين جماعة.

ورُجِحَ مذهبنا: بأن الذي بيده عقدة النكاح في المطلقة إنما هو الولي، ولا يقال أن المراد من بيده عقدة النكاح قبل الطلاق؛ لأن الزوج إنما بيده، وبأنا نحمل قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧] على الأزواج وغيرهم فيكون أكثر فائدة، وبأن الخطاب كان مع الأزواج لقوله: ﴿ فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وهو خطاب مشابهة، فلو كانوا مرادين بقوله تعالى: ﴿الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة:٢٣٧] للزم تغيير الكلام من الخطاب إلى الغيبة وهو خلاف الأصل، وبأن إقامة الظاهر مقام المضمر خلاف الأصل، فلو كان المراد الزوج، لقيل: إلا أن يعفون أو تعفوا عما استحق لكم.

وقوله: (بعد الطلاق)، يعني: للعفو شرطان:

الأول: أن يكون قبل الدخول، فلا يجوز له أن يعفو بعده.

والثاني: أن يكون بعد الطلاق؛ لأنه إنما ورد كذلك، ولأنه إذا كان بعد الطلاق تحصل للبنت بعد ذلك المصلحة وهي رغبة الأزواج فيها.

وأجاز ابن القاسم: عفو الولي قبل الطلاق أيضًا، ورأى أنه أجاز ذلك لأجل تحصيل زوج في المستقبل، فلأن يجوز للزوج الحاصل الذي لم يطلقها أولى.

ابن عبد السلام: ونقل المؤلف هو الصحيح، لا ما قاله ابن بشير أنه لم يختلف ابن القاسم ومالك في جواز التخفيف قبل الطلاق إذا ظهرت المصلحة، كما لا يختلفان في عدم جوازه إذا علم مصلحته، ولم يختلفا إذا جهل الحال.

وقول المؤلف: (ماض) لا يفهم منه الجواز والمذهب الجواز.

(ص): **(تمييز ما يُفْسَخُ بطلاق من غيره: أكثر الرواة أن كل نكاح للزوج أو للزوجة إمضاؤه وفسخه، ففسخه بطلقة بائنة، كإنكاح الأجنبي يرده الولي، وما كانوا مغلوبين على فسخه، ففسخه بغير طلاق، كولاية المرأة، والعبد، وكالشِّغَارِ، والمريض، والمُحْرِم، وكالصَّدَاقِ الفاسد قبل البناء، وكالمُجْمَعِ على فسخه)**

(**ش**): هذا قول مالك الأول وعليه أكثر الرواة، ورأى أن كل نكاح للزوج أو للزوجة أو للولي إمضاؤه وفسخه فهو منعقد حتى ينحل، فيكون حله بطلاق.

وقوله: (كإنكاح الأجنبي) يرده الولي، مثال: لما الخيار فيه للولي، ومثال: ما الخيار فيه للزوج إذا كان بالزوجة عيب، وإن كان به فالخيار للزوجة.

وعن أبي جعفر الأبهري: إذا وجد الزوج المرأة مجنونة أو مجذمة؛ أن الرد بغير طلاق.

اللخمي: ويلزمه أن يكون الحكم كذلك؛ إذا كان العيب بالزوج، والمعروف أن الفسخ للعيب بطلاق.

وقوله: (وكالصداق الفاسد)، هو طريقة المغاربة.

(ص): (وعن مالك، ورجع إليه ابن القاسم: أنَّ ما اختُلِفَ في إجازته وفسخه، ففسخه بطلاق كولاية العبد والمرأة، وكالشغار والمريض، والمحرم، وكالصداق الفاسد، وما فُسِخَ بطلاق يقع به التحريم، والطلاق والموارثة، ما لم يكن الفسخ لحق الورثة، وما لم يُخْتَلف في فسخه ففسخه بغير طلاق، ولا يقع به طلاق. ولا موارثة كالخامسة وأخت امرأته، أو عمتها، أو خالتها...)

(ش): راعى في هذا قول من قال بالصحة، والاختلاف في نكاح المريض والصداق الفاسد قبل البناء في المذهب، والخلاف في نكاح المُحْرِم وإنكاح المرأة نفسها لأبي حنيفة رضي الله عنه فإنه يجيزهما.

وذكر في "المدونة[١]" أن نكاح الشغار من المختلف فيه.

وفي "النكت": قال بعض شيوخنا - في مثل نكاح المحرم والشغار ونحوه مما لا ينعقد عندنا، ويجوز عند غيرنا -: تقع فيه الحرمة بلا اختلاف.

وفي الباجي: عن أبي عمران: أن الشغار لا خلاف في منعه، وإنما اختلف في فسخه، وكذلك قال غيره، وقاله ابن عبد السلام.

خليل: وعلى هذا فيكون ما أشار إليه من الخلاف في "المدونة[٢]" في نكاح الشغار، إنما هو بعد الوقوع لا في الجواز ابتداءً كما قال أبو عمران وغيره، وبه تعلم أن قول ابن عبد السلام أن ابن القاسم إنما قال بالفسخ بطلاق في المختلف في جوازه ابتداءً ليس بظاهر.

ولا أعلم من قال بجواز كون العبد وليًّا.

ولم يتعرض للنكاح المختلف فيه ليفصل في الخلاف هل هو شاذ أو مشهور؟

ورأى ابن بشير أنه لا يختلف في مراعاة القول الشاذ من سلم مراعاة الخلاف المشهور، وقد تبين لك من كلام المصنف أن كل ما يفسخ بطلاق على القول الأول يفسخ بذلك على الثاني، وليس كل ما يُفْسَخ بطلاق عن الثاني، يفسخ به على الأول،

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٣.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٤.

وهو واضح.

وقوله: (يقع به التحريم) أي: تحريم المصاهرة من كونها تحرم على أبنائه وآبائه، وتحرم عليه أمهاتها وبناتها، كما تقدم.

وقوله: (والطلاق) أي: إذا أوقعه الزوج قبل الفراق، ويتوارثان قبل الفسخ، إلا أن يكون الفسخ لحق الورثة في نكاح المريض فلا إرث فيه؛ لأنا لأجل الإرث فسخناه.

وقوله: (وما لم يختلف في فسخه...إلخ) ظاهر التصور.

واعلم أن ابن بشير وغيره ذكروا عن بعض القرويين: أن ابن القاسم وإن قال بمراعاة الخلاف في هذا الباب، فإنه لا يضره ذلك حتى يفسخ نكاحًا صحيحًا على مذهبه لمراعاة مذهب غيره، مثاله: أن يتزوج تزويجًا مختلفًا فيه، ومذهبنا أنه فاسد، ثم إن طلق فيه ثلاثًا، فابن القاسم يلزمه الطلاق ولا يتزوجها إلا بعد زوج، فلو تزوجها قبل زوج لم يفسخ نكاحه؛ لأن التفريق حينئذ إنما هو لاعتقاد فساد نكاحها، ونكاحها عنده صحيح، وعند المخالف فاسد، ولا يمكن للإنسان ترك مذهبه لمراعاة مذهب غيره.

يريد: أن منعه من تزويجها أولا إنما كان مراعاة للخلاف، وفسخ النكاح ثانيًا لو قيل به لكان مراعاة للخلاف أيضًا، فلو رُعِي الخلاف فيهما لكان ترك المذهب بالكلية، وشرط مراعاة الخلاف عند القائل به لا يترك المذهب بالكلية.

ابن عبد السلام: وهو كلام لا بأس به إن كان موجب الطلاق عند ابن القاسم مراعاة الخلاف ليس إلا، وأما إذا كان لحصول شبهة النكاح المقتضية للحوق الولد ودرء الحد وغير ذلك من الأحكام التي ساوى فيها هذا النكاح الصحيح، فالطلاق حينئذ واقع كوقوعه في النكاح الصحيح، فيفسخ النكاح إن تزوجها قبل زوج، ولا يقال: لا يصح أن تكون الشبهة هي المقتضية لوقوع الطلاق، لحصولها في النكاح المجمع على فساده؛ لأن الشبهة في المجمع فساده لا تساويها في المختلف فيه، فيجوز لاختلاف الشبهة اختلاف آثارها.

(ص): **(وما فُسِخَ قبل البناء فلا صَدَاق، وبعده المُسَمَّى)**

(ش): قوله: (فلا صَدَاق) أي: إلا نكاح الدرهمين فلها نصفهما.

قوله: (وبعده المُسَمَّى) إن كانت هناك تسمية، وإلا فصداق المثل، وليس متوقفًا عليه كما ترى.

فرع:

إذا طلق الزوج قبل البناء أو مات:

ابن رشد في "نوازله": الفاسد قسمان: فسد لصداقه، وقسم فسد لعقده.

فأما الفاسد لصداقه: فالصحيح من المذهب لا شيء للمرأة فيه إلا بالدخول. وروي عن أصبغ فيمن تزوج بغرر ثم مات قبل البناء: فإن لها صداق مثلها، وإن طلقها فلا شيء لها. فجعله كنكاح التفويض، فعلى قول من أوجب فيه صداق المثل بالموت.

وأما الفاسد لعقده: فإن اتفق على فساده كنكاح ذات محرم، والمعتدة، والمرأة على عمتها أو خالتها، وما أشبه ذلك، فلا صداق فيه بالموت، ولا نصف بالطلاق اتفاقًا، وإنما يوجبه الدخول، وإن كان مختلفًا فيه فهو قسمان:

قسم لا أثر لعقده في الصداق: كنكاح المحرم، والمرأة بغير ولي، فهل يقع فيه الطلاق، وتجب فيه المواريث، ويفسخ بطلاق أولا؟

في الثلاثة قولان.

فعلى القول بوجوب الميراث والطلاق يجب المسمى بالموت ونصفه بالطلاق؛ إذ لا يصح أن يفرق بين الميراث والطلاق، فيجب أحدهما ويسقط الآخر؛ إذ لا مزية لأحدهما على صاحبه؛ لأن الله تعالى نص على وجوب الصداق للزوجة، كما نص على وجوب الميراث.

وعلى القول الآخر: لا يلزم الصداق بالموت، ولا نصفه بالطلاق، ولا خلاف أنه لو عثر على هذا النكاح وفسخ قبل البناء؛ أنه لا شيء لها، ولو قلنا أن فسخه طلاق؛ لأن الفرقة هنا مغلوب عليها.

وقسم له تأثير في الصداق: كنكاح المحلل، ونكاح الأمة على أن ولدها حر، وعلى أن لا ميراث بينهما، فقيل: للمرأة بالدخول صداق المثل؛ لأن للفساد تأثيرًا في فساد الصداق.

وقيل: المُسَمَّى؛ لأن فساده في عقده، والصداق فيه صحيح، فهذا القسم لا يجب فيه للمرأة من صداقها شيء بالموت أو الطلاق قبل البناء، وهذا بيّن على القول بأن لها صداق المثل بالبناء، وأما على القول بالمسمى فينبغي ألا شيء لها إلا بالدخول، وقد يقال: لها نصفه بالطلاق، إذ ليس الصداق عوضًا عن البضع، وإن كان لا يستباح إلا به؛ لأن الله تعالى سماه نِحْلَة، والنِحَلْةُ: الهِبَة. انتهى بمعناه.

(ص): (وتمييز ما يُفْسَخُ قبل الدخول مما يُفْسَخُ بعده؛ أنَّ ما لا يُخْتَلَفُ في فساده يُفْسَخُ قبله وبعده، وما اخْتُلِفَ فيه إن كان بنص أو سُنَّة أو لِحَقِّ الورثة كالمريض فكذلك، وإن لم يكن كذلك فإن كان لخلل عقده؛ ففي فسخه بعده قولان، وإن كان لخلل صداقه؛ فمشهورها: يُفْسَخُ قبله لا بعده نحو عَقْدِ الدرهمين...)

(ش)، أي: أن ما لا يختلف فيه يفسخ مطلقًا، وكذلك ما اختلف فيه، وقلنا فيه بالفساد لنص كتاب، أو نص سنة، أو لحق الورثة فكذلك؛ أي: يُفْسَخُ بعد البناء.

وقوله: (ونص كتاب أو سُنَّة) فيه حذف مضاف إليه من الأول وحذف مضاف من الثاني كما قررنا، ومثال ما فيه نص كتاب: الخامسة، ومثال ما فيه نص سُنَّة: نكاح المحرم، وإنكاح المرأة نفسها، ونكاح المحلل، وإن لم يكن كذلك فإن كان لخلل عقده كنكاح الخيار، أو إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا، ففي فسخه بعد البناء قولان، وإن كان لخلل صداقه فثلاثة أقوال، تصورها بيّن مما تقدم.

(ص): (والمُتْعَةُ مُسْتَحَبَّةٌ لكل مُطَلَّقَةٍ حُرَّةٍ مسلمة، أو كتابية، أو أمة مسلمة في نكاح لازم غير المُخْتَلِعَةِ والمطلقة قبل البناء، وقد فُرِضَ لها، ولا متعة لِمُلاعِنَةٍ ولا مُخْتَارَةٍ لِعِتْقِهَا ونحوه، بخلاف من خَيَّرَهَا أو مَلَّكَهَا على المشهور فيهما...)

(ش): المتعة: ما يعطيه الزوج لزوجته عند طلاقه لها؛ جبرًا لألم الفراق، والمشهور أنها مستحبة، يؤمر بها المطلق ولا يجبر عليها، وحكى ابن مسلمة وابن حبيب: الوجوب، واختاره السيوري؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ففي الآية دليل الوجوب من أوجه الأمر، وقوله: (حَقًّا) و(عَلَى) فإنهما من ألفاظ الوجوب، وتعلقها بمال الموسع والمقتر، ورأى في المشهور أنها لما قيّدت بالمحسنين والمتقين على أنها مستحبة؛ لأن الواجب لا يتقيد، وأجيب بأن هذا من باب التهييج، ولأن الإحسان والتقوى أمر بهما في غير ما آية.

وقوله: (لكل مطلقة) احترز به من الفسوخات فلا متعة فيها، سواء فسخ قبل البناء أو بعده، قاله ابن القاسم؛ لأن المتعة إنما وردت في المطلقات، وسواء كان الفسخ لفساد النكاح أو لا.

وقد نص ابن القاسم في "الموازية " فيمن اشترى زوجته على عدم المتعة: ورأى اللخمي الوجوب إذا كان الفسخ من جهة الزوج فقط، كما لو تزوج رضيعة، وأمر أخته

وأمه أن ترضعها، واحترز بقوله: (في نكاح لازم) من المردودة بعيب، فإنها لا متعة لها؛ لأنها غارة، ولم يشترط المُصنِّف أن يكون النكاح صحيحًا؛ لأن الفاسد لصداقه تجب فيه المتعة، إذا طلق بعد الدخول.

وقوله: (غير المختلعة... إلخ)، يعني: أنها مستحبة لكل مطلقة إلا أربع نسوة:

الأولى: المختلعة؛ لأن المتعة إنما شرعت جبرًا، لألم الطلاق، ومضرة الألم عندها لإعطائها على الطلاق شيئًا من مالها.

الثانية: المطلقة قبل البناء وقد فرض لها؛ لأنها أخذت النصف، ولم يصب سلعتها شيء، فإن لم يعرض لها شيء فلها المتعة.

الثالثة: الملاعنة؛ لأنه حصل بينهما من الشنئان ما لا تجبره متعة، وذكر الملاعنة زيادة في البيان، وإلا فقد خرجت بقوله: (المطلقة)؛ لأن فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق على الصحيح من المذهب. الرابعة: المختارة لعتقها ونحوه أم زوجها، واختلف في المخيرة والمملكة، فعن مالك روايتان: ثبوت المتعة؛ لأن أصل الطلاق من جهته، وسقوطها نظرًا إلى أن تمام الطلاق منها، ومقتضى كلام المصنف أن المشهور ثبوت المتعة لقوله: (بخلاف)، وهذا على هذه النسخة، وفي بعضها: (ولا من خيَّرها أو ملَّكها على المشهور) وهي أحسن؛ لأن ابن بشير وابن شاس صرحا بأن المشهور أنهما لا متعة لهما، وأن الرواية بالمتعة لهما شاذة.

(ص): **(ولا يُقْضَى بالمتعة، ولا يُحَاصّ بها الغرماء)**

(ش): هذا بيِّنٌ على المشهور: **أنها** مستحبة.

(ص): **(وليس للسيد منعُ العبد منها)**

(ش): لأنه لما أذن له في النكاح، فقد أذن له في توابعه كالارتجاع.

(ص): **(ولا مُتْعَةَ للرَّجْعِيَّة إلا بعد العدة)**

(ش)، أي: بعد انقضائها؛ لأنها زوجة ما دامت فيها، وهكذا قال فضل، وقال أبو عمران: ينظر فإن كانت نيته رجعتها لم تمتع، وإن كنت نيته ألا يراجعها متع، وإن لم تخرج من العدة ثم بدا له فراجعها لم يرجع بها؛ لأنها كالهبة المقبوضة.

واختلف إذا لم تمتع الرجعية حتى فاتت ثم تزوجها، واختلف أيضًا إذا طال الزمان أو ماتت؛ فقال ابن القاسم: إذا جهل المتعة حتى مضت أعوامًا، فليدفع ذلك إليها وإن تزوجت، وإلى ورثتها إن ماتت.

وقال أصبغ: لا شيء عليه إن ماتت؛ لأنه عوض لها، وتسلية من الطلاق، وقد انقطع ذلك، وإن مات الزوج قبل أن تمتع، فإنها لا تسقط.

(ص): **(ومقدارها على قدر حاله)**

(ش)، أي: لا مدخل لحال الزوجة، بخلاف النفقة لأنها هبة، واعتبر ابن خويز منداد: حالها كالنفقة؛ لأن المقصود تطييب نفسها، وذات القدر لا تطيب بالقليل.

(ص): **(وإذا تنازعا في قدر المهر أو صفته قبل البناء من غير موت ولا طلاق تحالفا وتفاسخا، ويجري الرجوع إلى الأشبه، وانفساخ النِّكَاح بتمام التحالف وغيره كالبيع...)**

(ش): في قدره كما لو قالت: بألفين، وقال هو: بألف، أو صفته كما لو قالت: بعبد تركي، وقال هو: بعبد زنجي، واحترز بـ(قبل البناء) من بعد البناء، وسيأتي حكمه.

وقوله: (من غير موت ولا طلاق) مما لو حصل أحدهما وسيأتي، وذكر المُصنِّف أن الحكم التحالف والتفاسخ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت النكاح، ولزم الناكل ما حلف عليه الآخر، وكان الأظهر أن عقد النكاح يتنزل منزلة الفوات في البيع؛ لما يترتب هنا من الأحكام عليه من تحريم المصاهرة، وكون المرأة فراشًا، وغير ذلك، لكنهم لم يتعرضوا لشيء من ذلك فيما رأيت.

وقوله: (**تحالفا**) أي: يشترط أن تكون مالكة أمر نفسها، وإلا فيحلف من عقد النكاح عليها من أب أو وصي أو ولي إن كانت محجورًا عليها، قاله المتيطي وغيره.

وقوله: (ويجري الرجوع...إلخ) أشار - رحمه الله - إلى مسائل:

الأولى: إذا ادَّعى أحدهما ما يُشبه هل يكون القول قوله ويتحالفان؟ لمالك في ذلك قولان.

اللخمي: والأول هو الصواب؛ لأن ذلك كالشاهد يحلف معه من قام له.

والثانية: هل ينفسخ النكاح بتمام التحالف كاللعان، قول سحنون.

وحكى عبد الحق، عن بعض شيوخه: أو لا ينفسخ، ولكل منهما الرجوع إلى قول الآخر، وهو قول ابن حبيب، والقاضيان ابن القصار، وعبد الوهاب، وبه جرى عمل الأندلسيين واستمرت أحكامهم.

ابن محرز: وهو أصوب؛ لأن الأيمان في التحالف في الصداق، ليست موضوعة لفسخ النكاح، واختاره اللخمي.

ولا شك على قول ابن حبيب: أنه يُفْسَخ بطلاق، وانظر على قول سحنون الذي يقول أنه يُفْسَخ بتمام التحالف كاللعان، هل ينفسخ بغير طلاق أم لا؟

وقد قال بعضهم: إن ظاهر " المدونة[1]" فسخه بغير طلاق، ونوزع في ذلك.

الثالثة: المشهور تبرئة الزوجة؛ لأنها بائعة نفسها، ولمالك في "المختصر " أنه بيد الزوج.

الرابعة: إذا نكلا، قال اللخمي: فقيل: إن ذلك بمنزلة إذا حلفا. وقيل: القول قول المرأة، وهذا كله داخل تحت قوله: (وغيره كالبيع) إلى غير ذلك من المسائل التي تقف عليها في البيع، إن شاء الله تعالى.

ولفظ (انفساخ) من كلام المصنف كذلك (وغيره) مرفوعان بالعطف على فاعل (يجري).

(ص): **(فإن تنازعا بعد البناء، فالقول قول الزوج؛ لأنه فَوْتٌ، وقال ابن حبيب: يتحالفان مع العصمة، ويجب صداق المثل. وقيل: إن اختلفا في صفته، فالقول قول الزوج مع يمينه...)**

(ش)، أي: فإن تنازعا بعد البناء في القدر أو الصفة، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأنها مكنته من نفسها، وهذا مذهب " المدونة[2]"، فإن نكل فالقول قول المرأة مع يمينها.

المتيطي: وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه، وأشار المصنف إلى توجيهه بقوله: (**لأنه فوت**)؛ أي أن البناء هنا كفوات السلعة في البيع.

والمشهور في اختلاف المتبايعين في المقدار ترجيح قول المشتري؛ لفوات المبيع عنده، وانظر هل القول قول الزوج مطلقًا، وهو أكثر إطلاق نصوص أهل المذهب، أو مقيّد بما إذا وافق العرف؟ وهو الذي ذكر اللخمي، وهو الذي يؤخذ من كلام صاحب " الإشراف"؛ لأنه أشار فيه إلى تشبيه حكم الصداق بعد البناء بالبيع، وإنما وقع التشبيه من كلام غيره بالبيع في قبول دعوى الأشبه قبل البناء، والله أعلم. وما حكاه المصنف عن ابن حبيب من التحالف مع بقاء العصمة، ويجب صداق المثل، حكاه في "الكافي" عن مالك.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٥.

قوله: (وقيل) أي: وفي المسألة قول ثالث بالتفصيل، فإن اختلفا في الصفة تحالفا مع بقاء العصمة، ووجب صداق المثل، وإن اختلفا في القدر فالقول قول الزوج مع يمينه.

فرع:

فإن اختلفا في الجنس بعد البناء، فحكى اللخمي والمتيطي في ذلك ثلاثة أقوال:

الأول: أنهما يتحالفان، ويفسخ النكاح إن كان تنازعهما قبل البناء كان مما يصدقه النساء أم لا، وإن كان بعد البناء ثبت النكاح، وترد المرأة إلى صداق مثلها، ما لم يكن فوق ما ادّعت أو دون ما ادّعى الزوج، إلا أن يرضى الزوج أن يعطيها ما ادّعت، وهذا كله قول مالك.

وقال ابن القصار: القول قول الزوج مع يمينه بعد البناء، ولا يكون عليه إلا ما أقر أنه تزوج به، ووافق إذا اختلف قبل البناء.

وقال أصبغ في "ثمانية أبي زيد": فالقول قول الزوج إن كان مما يصدقه النساء، وإن ادّعى ما لا يشبه كالجلود والخشب، وادّعت المرأة ما يشبه مما يتزوج به النساء؛ فالقول قولها إذا كانت قيمة ذلك مثل ما يتزوج به فأقل، وإن كان لا يشبه قول واحد منهما تحالفا وتفاسخا وكان لها صداق المثل، وإذا قلنا بالتحالف ورد المرأة إلى صداق المثل، فهل يثبت النكاح وهو المعروف في المذهب، ورواه ابن وهب عن مالك، أو يفسخ وهو الذي في "الجلاب "؟

(ص): **(وإن طلقها أو ماتت قبل البناء فيهما، فالقول قوله مع يمينه، وإن ادّعى تفويضًا)**

(ش): (فيهما) أي: في القدر والصفة، وكان القول قوله مع يمينه، أو قول ورثته؛ لأنه غارم، وقاعدة الشرع ترجيح قوله.

قوله: (وإن ادّعى تفويضًا) أي: القول قول الزوج مع يمينه ولو ادّعى تفويضًا، وهكذا قال في "المدونة[1]"، وله الميراث.

اللخمي: ومحمل قول مالك على أن العادة عندهم على التسمية والتفويض، ولو كانت عادتهم التسمية خاصة لم يصدق الزوج.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٥.

(ص): (وإذا تنازع أبو البكر، والزوج تحالفا ولا كلام لها)

(ش): إنما لم يكن لها؛ لأن تقدير الصداق للأب لا لها، ابن حبيب: وإنما حلف الأب؛ لأنه كوكيل مفوض.

وقوله: (ولا كلام لها)؛ أي: سواء خالفت الأب أم لا.

(ص): (ولو قامت بيّنة على صداقين في عقدين لَزِمَا)

(ش)، يعني: لو ادّعى قدرًا أو جنسًا أو صفة وادّعت خلافه، وأقام كل منهما البينة على دعواه، وعينت كل بينة زمانًا غير الذي عينته للأخرى؛ لزم الصداقان، وحمل على أنه طلقها ثم عقد عقدًا آخر.

ووقع بعد الكلام المتقدم في نسخة ابن راشد ما نصه: (وقُدِّرَ تخليل طلاق بينهما)، ثم هل يقدر قبل المسيس، ويكون على المرأة أن تبين وقوعه بعد الدخول، أو على الرجل على العكس؟ فيه خلاف. انتهى.

نص النسخة ونحوها في "الجواهر": ولم ير هذين القولين معزوين، صاحب " الجواهر " وابن راشد: ومنشأهما: هل يستقر بالعقد النصف فيكون على المرأة البينة لدعواه ما يسقط الواجب عليه؟

(ص): (ولو كان أبواها ملكًا له، فقال: أصدقتك أمك، فقالت: بل أبي، تحالفا وعُتِقَتِ الأمُّ بإقراره، فإن نكل حلفت وعُتِقَا جميعًا...)

(ش): هذه المسألة لسحنون في كتاب ابنه، قال: إن تزوج امرأة فادّعى أنه تزوجها على أمها وهي عالمة بها، وقالت المرأة: بل على أبي وهو مالك لأبويها، وحفظت البينة العقد ولم تحفظ على أبيها عقد، قال سحنون: الشهادة ساقطة، فإن لم يدخل تحالفا وفسخ النكاح، ويلزمه عتق الأم؛ لأنه أقر أنها حرة، وكذلك إذا نكلا، وإن كان قد دخل بها أيضًا حلف، وعتقت الأم عليه، ويكون بإقراره.

ابن يونس: قال بعض أصحابنا: وهذا خلاف ما تقدم لابن حبيب، إذا اختلفا في نوع الصداق بعد البناء أنهما يتحالفان ويكون لها صداق المثل.

وقوله: (تحالفا وعتقت الأم) يريد: وإن نكل حلفت وعتقا معًا، ويكون ولاؤهما لها، قاله المتيطي، والظاهر أن المصنف إنما تكلم على المسألة إذا تنازعا قبل الدخول لقوله (تحالفا) فما قلناه أتم.

(ص): (وإذا اختلفا في قبض معجل الصداق أو ما يعجل البناء، فالقول قولها،

وبعد الدخول فالقول قوله، وفي المؤجل: قولها، وقال أبو إسحاق: إن كان العرف لا يتأخر المُعَجَّل عن الدخول، وإلا فالقول قولها، وقال عبد الوهاب: إن كان في كتاب فالقول قولها، وإلا فالقول قوله...)

(ش)، يعني: إذا اختلفا في قبض معجل الصداق أو المؤجل الذي حَلّ، فقال الزوج: قد دفعته، وقالت هي: لم أقبضه، ففي "المدونة[1]" إن كان النزاع قبل البناء فالقول قول المرأة، وإن كان بعده فالقول قوله، والمشهور افتقار من جعل القول قوله إلى يمين.

اللخمي وعياض: وقال ابن الماجشون: إن كان قريبًا حلف، وإن طال فلا يمين عليه، وجعل في "المدونة[2]" ورثة كل واحد من الزوجين يتنزل منزلة موروثه سواء ماتا معًا أو أحدهما.

قال في "المدونة[3]": وإن قال لورثة الزوج في المدخول بها: قد دفعه، أو قالوا: لا علم لنا، فلا شيء عليهم، فإن ادّعى ورثتها عليهم العلم حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع، ولا يمين على غائب، ومن يعلم أنه لا علم عنده.

وقال القاضي إسماعيل وغيره من شيوخنا: إنما قال مالك أن القول قول الرجل بعد البناء بالمدينة؛ لأن عادتهم جرت بدفعه قبل البناء، وأما في سائر الأمصار فالقول قولها، وإلى هذا أشار بقوله: (وقال أبو إسحاق...إلخ)، وقال عبد الوهاب تبعًا للأبهري: إنما قاله مالك حيث لم يكن المعجل مكتوبًا في كتاب، وإن كان في كتاب فالقول قولها، وهذان قولان إنما قصد قائلهما تقييد قول مالك، وينبغي أن يحمل قولهما على التقييد، ولا يؤخذ ذلك من كلام المصنف بل ظاهره حمل قولهما على الخلاف.

ولابن وهب: إن طالبته بالحال أو ما حل بإثر البناء فلا براءة للزوج منه إلا بالبينة، وإن طالبته بذلك بعد طول لم يقبل قولها.

عياض: وما قاله مالك إنما هو إذا ادّعى دفعه قبل الدخول، وأما إذا ادّعى دفعه بعد الدخول فلا يصدق فيه كسائر الديون.

واستقرأ من قوله: (أن القول قوله مع دفع المعجل) ما حل بعد الدخول أن للمرأة منع نفسها حتى تقبضه، وهو نص لعبد المالك عن محمد، وفي "المنتخبة " خلافه،

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٦.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٦.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٧.

وكذلك ذكر فضل عن يحيى بن يحيى.

وإن أخذت بالصداق رهنًا ثم سلمته، فالقول قول الزوج مع يمينه أنه دفع ويبرأ وسواء دخل أو لم يدخل، واختلف إذا دخل وبقي الرهن بيدها، فقال سحنون: القول قول الزوج مع يمينه.

وقال يحيى في "المنتخبة": القول قولها مع يمينها، واختاره اللخمي وغيره.

فرع:

إذا قال الموثق في الكتاب: النقد من الصداق كذا فهو مقتض لبقائه في ذمة الزوج، واختلف إذا قال: نقدها كذا، فقال سحنون: ذلك براءة للزوج من النقد، وقال محمد: لا يبرئه ذلك حتى ينص على الدفع.

(ص): (**وإذا اختلفا في متاع البيت حرين، أو عبدين، أو مختلفين، أو مسلمين، ولا بينة؛ قُضِيَ للمرأة بما يُعْرَفُ للنساء: كالطست، والمنارة، والثياب، والحِجَالِ، والفرش، والبُسُطِ، والحُلِيّ، والرجل بما يعرف للرجال، وبما يعرف لهما؛ لأنه بيِّنه، عن ابن القاسم: أنه بينهما بعد أيمانهما...**)

(ش)، يعني: إذا اختلف الزوجان قبل الطلاق وبعده في متاع البيت سواء كانا حرين أو عبدين، أو أحدهما حر والأخر عبد، أو مسلمين، أو مختلفين؛ بأن كان الزوج مسلمًا والمرأة كتابية، فإن قامت للمرأة بيّنة بما يعرف للنِّساء قضي لها به من غير يمين، وكذلك هو وإن لم تقم لأحدهما بيّنة، وإليه أشار بقوله: (ولا بيّنة) فإنه يُقْضَى للمرأة بما يعرف للنساء، وللرجل بما يعرف للرجال خاصة، ويقضى له أيضًا بما يعرف للرجال والنساء؛ لأن البيت للرجل وهذا هو المشهور.

وروي عن ابن القاسم مثله، إلا فيما يعرف لهما، فإنه قال: أنه يكون بينهما بعد أيمانهما، وإليه أشار المصنف بقوله: (عن ابن القاسم: أنه بينهما)؛ لأن الضمير في (أنه) عائد على ما يصلح لهما، ونقل عن ابن وهب والمغيرة مثله.

ولابن وهب أيضًا: يُفْسَخُ بينهما ما اختلفا فيه بعد أيمانهما كان من متاع النساء فقط، أو الرجال فقط، أو من متاعهما.

وقال ابن مسلمة: القول قول الرجل، وإن كان ما ادّعاه من متاع النساء فقط، ووجه المشهور العرف، وإذا فرعنا عليه فهل بيمين وهو قول ابن حبيب؟

ابن عبد السلام: وهو مذهب " المدونة[١]" عندهم.

المتيطي: وهو قول المشيخة السبعة ولا يحتاج إليها وهو قول سحنون، وهكذا حكى اللخمي، وابن يونس، والمتيطي، وابن بشير وغيرهم.

ورأى صاحب " البيان": أنه لا يختلف في توجه اليمين إذا ادعت المرأة شيئًا من متاع النساء وكذبها الرجل أو بالعكس، وإنما الخلاف في توجه اليمين إذا تنازع ورثة الزوجين أو ورثة أحدهما مع الآخر دون تحقيق الدعوى في أيمان التهم، وهذه هي التي تشهد لها أصول المذهب، والطريقة الأولى أسعد بنقل المتقدمين.

ومَثَّلَ المصنِّف ما يعرف للمرأة بـ: الطست، والمنارة، والحجال، والفرش، والبسط، والحلي ونحوه في "المدونة[٢]".

والطست: إناء مبسوط القاع معطوف الأطراف يعمل في الغالب من النحاس، يعد في الغالب لغسل اليدين.

والمنارة: الشيء الذي يوضع عليه السراج.

والقباب: جمع قبة.

والحجال: قال بعض الفقهاء: هي الستور، قال الجوهري: الحجلة بالتحريك واحدة حجال العروس؛ وهي بيت تزين بالثياب والأسرة والستور.

أصبغ وأبو عمران وغيرهما: وهذا محمول على العرب بمصر في أن المرأة تأتي بها وإن طال الأمر، فالرجل هو يخلفها.

ابن راشد: وعندنا أنها معروفة للرجال، قال في "المدونة[٣]": ويقضى للمرأة بجميع الحلي إلا السيف والمنطقة والخاتم فإنه للرجل، وللرجل جميع الرقيق ذكرانًا وإناثًا، وأما أصناف الماشية، وما في المرابط من خيل أو بغال فلمن حاز ذلك قبل، وإن لم يكن حوز فالمركوب كله للرجل.

وقوله: الخاتم؛ ابن يونس: أي: الفضة، يعني: وأما الذهب فهو للمرأة.

خليل: وجرت العادة عندنا أن صياغة خاتم الرجل لا تشابه صياغة خاتم المرأة

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٧.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٨.

(٣) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٨.

فيرجع إلى ذلك، وأما الرقيق فما قاله في "المدونة[1]" ظاهر في الذكور، وأما الإناث فقد يكن للنساء، وقد يكن للرجال، فيأتي في ذلك القول الذي ذكره المصنف آخرًا.

مالك في "المدونة[2]": وإن اختلفا في الدار قضي بها للرجل.

قال صاحب " البيان": العرف عندنا في ذوات الأقدار أن المرأة تخرج بالدار فإذا اختلفا يجب أن يقضى لها بها، قال: وكذلك حفظت عن شيخنا ابن رزق، وإذا اختلفا في الغزل فإن عرفت البينة أن الكتان له أو أقرت له به، كانا شريكين فيه هو بقيمة الكتان وهي بقيمة الغزل، أو إن لم تعرف البينة ذلك ولا أقرت به فالغزل لها، وإن تولت المرأة نسج شقة فادعى الزوج أنها له، فقال مالك: على المرأة البينة أن الغزل لها، وقال ابن القاسم: هي لها وعليه البينة أن الغزل له، فإن أقام البينة كانت الشقة بينهما، هذا بقدر قيمة العزل، وهذه بقدر قيمة النسج بعد أن تحلف: ما نسجتها له.

فرع:

وإذا طلقها وعليها ثياب وطلبته بالكسوة، وقال لها: ما عليك فهو لي، وقالت: بل هو لي، أو عارية عندي.

ابن راشد: فللأندلسيين في ذلك ثلاثة أقوال:

قال ابن الفخار: القول قول الزوج كما لو تنازعا في رقيق البيت.

وقال ابن دحون: القول قول المرأة إذ ليست الكسوة شيئًا موضوعًا في البيت.

وقال المشاور: إن كانت من كسوة البذلة؛ فالقول قوله مع يمينه، وإلا فقولها مع يمينها، فإذا حلفت كساها، ولو اشترى لزوجته ثيابًا فلبستها في غير البذلة، ثم فارقها، وادّعى أنها عارية وأنكرته، فقال الداودي: إن كان مثله يشتري ذلك لزوجته على وجه العارية، فالقول قوله مع يمينه، وإلا فقولها، وسواء كان لباسه أو لا، قليلا كان أو كثيرًا، قريبًا أو بعيدًا.

وقال غيره: القول قوله مطلقًا، انتهى كلام ابن راشد.

(ص): **(ومن أقام بينة على شراء ما لا يُقْضَى له به حَلَفَ أنه اشتراه لنفسه وقُضِيَ له به)**

(ش)، يعني: إذا أقام الرجل بينة على أنه اشترى ما يصلح للمرأة، ولا يصلح له

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٩.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٦٩.

كالحلي، أو العكس كالسيف.

ونص في "المدونة[1]": على الرجل يحلف أنه اشتراه لنفسه، وسكت فيها عن يمين المرأة. فتأوّل ذلك جماعة على أنه إنما سكت اكتفاء بذكر اليمين في الرجل لعدم الفارق بينهما، وعلى هذا اقتصر المصنف.

وتأول بعضهم ذلك على ألا تحتاج إلى اليمين بخلافه، قال: لأن الرجال هم القوامون على النساء دون العكس.

قال في "تهذيب الطالب": ومنع بعض مشايخنا هذا التأويل وأنكره، وقال لسحنون: إنما تقبل البينة إذا أقامها على أنه إنما اشتراه لنفسه، وأما على مطلق الشراء فلا؛ لأنه يمكن أن يكون اشتراؤه للزوجة.

باب الوليمة

(ص): (الوليمة مندوبة)

(ش): الثعالبي والجوهري: الوليمة طعام العرس.

وقال صاحب " العين": الوليمة: طعام النكاح، وقيل: طعام الإملاك، وقيل: طعام العرس والإملاك.

وقوله: (مندوبة) هو المذهب، وقد تقدم أن ابن سهل قال: يقضى بها فتكون واجبة.

(ص): (ووقتها بعد البناء)

(ش): هذا ظاهر المذهب، واستحبها بعض الشيوخ قبل البناء.

اللخمي: وواسع قبله وبعده.

ولمالك في "العتبية": لا بأس أن يولم قبل البناء وبعده.

وقال ابن يونس: يستحب الإطعام عند عقد النكاح، وعند البناء، والمباح من الوليمة ما جرت به العادة من غير سرف ولا سمعة. الباجي: والمختار منها يوم واحد.

ابن حبيب: أكثر من يوم. ويكره استدامة ذلك أيامًا، وأما أن يدعو في اليوم الثالث من لم يكن دعاه، فذلك واسع.

(ص): (ونص مالك: أن الإجابة غير واجبة)

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٠.

(ش): التعيين: أن يلقى صاحب العرس الرجل فيدعوه، أو يقول لغيره: ادع لي فلانًا بعينه، قاله الباجي وغيره، أما إن قال له: ادع لي من لقيت فلا بأس على من دعي بمثل هذا أن يتخلف.

ومن المنكر فرش الحرير أو يكون على جدران الدار صور أو ساتر، قاله صاحب " الجواهر " وغيره، ولا بأس بصور الأشجار.

ابن عبد السلام: وإذا كان هناك منكر فالمشهور أن الوجوب يسقط،، ولا يجوز له الإتيان.

وقيل: يجوز الإتيان. وهذا كاللعب الذي لا يجوز، وإن كان اللعب مباحًا، فإن كان المدعو من غير ذوي الهيئات، فالوجوب وإن كان منهم فقولان.

ومقتضى النظر: إذا كان الإتيان واجبًا؛ لا يسقط باللعب الذي لا يجوز بل يذهب وينكر بيده أو بلسانه أو بقلبه، كما لو عارضه منكر في طريق الجمعة. انتهى.

والأرذال: من يتأذي بحضوره ومجالسته من السلفة الذين تزري به مجالستهم، قاله في "الجواهر"؛ لأن هؤلاء لا يؤمن معهم على الدين.

قال في "الرسالة": وأرخص مالك في التخلف لكثرة الزحام.

وقوله: ولا إغلاق باب دونه؛ لأن إغلاق الباب دونه يحط من قدره.

وقال ابن القصار: ومذهبنا أن الوليمة غير واجبة، والإجابة غير واجبة، ولكن يستحب. وصرح الباجي بمشهورية الأول.

ابن عبد السلام: وهو الصحيح، ويعضده ما في الصحيح من حديث أبي بريدة، أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "شَرُّ الطَّعَامِ: طَعَامُ الْوَلِيمَةِ، يُمْنَعُهَا مَنْ يَأْتِيهَا، وَيُدْعَى إِلَيْهَا مَنْ يَأْبَاهَا، وَمَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ، فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ"[1]، وهذا الذي يجب الإتيان إليه هو طعام العرس لا طعام الإملاك، رواه ابن القاسم وغيره.

(ص): **(ووجوب أكل المفطر محتمل)**

(ش): أصله للباجي؛ لأنه قال: لم أر فيه لأصحابنا نصًا جليًا، وفي المذهب مسائل تقتضي القولين، وهل عليه أن يأتي وهو صائم؟ روى محمد، عن مالك: أرى أن يجيب وإن لم يأكل أو كان صائمًا، وقال أصبغ: ليس بالوكيد، قال: فقول مالك مبني على أن

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٤٣٣) وأبي داود، برقم (٣٧٤٢).

الأكل ليس بواجب، وقول أصبغ على وجوب الأكل، ولذلك أسقط وجوب الإتيان عن الصائم الذي لا يأكل.

ابن عبد السلام: ولا يبعد أن يكون القولان مبنيان على وجوب الأكل، إلا أن مالكًا رأى أن الإجابة واجب مستقل، وكذلك وجوب الأكل، فإذا تعذر الأكل للصائم أو غيره بقي وجوب الإجابة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ"[(١)]، وقول أصبغ مبني على أن الإجابة إنما وجبت وسيلة للأكل، فإذا سقط المقصود وهو الأكل سقطت الوسيلة.

(ص): (ويكره نثر اللوز والسكر وشبهه)

(ش)، أي: يكره ذلك إذا جيء به للنهبة، وهذا قول مالك خلافًا لأبي حنيفة، ويحرم حينئذ أن يأخذ بعضهم ما حصل لصاحبه، ولو جيء به للأكل لا للنهبة، فذلك جائز وتحرم حينئذ النهبة.

فرع:

قال في "البيان": اتفق أهل العلم على إجازة الغربال في العرس، وفي الكبر والمزهر ثلاثة أقوال:

قال ابن حبيب: يجوزان قياسًا على الغربال.

وقال أصبغ: لا يحمل واحد منهما محمله، ولا يجوز استعماله في عرس وغيره، وعليه يأتي في "سماع سحنون " عن ابن القاسم: أن الكبر إذا بيع فُسِخَ بيعه، وإذا قال ذلك في الكبر فأحرى في المزهر؛ لأنه المعني منه.

والقول الثالث: أنه يحمل محمله الكبر دون المزهر، وهو قول ابن القاسم في "العتبية"، ولابن كنانة في "المدنية": إجازة البوق في العرس، فقيل: معنى ذلك في البوقات والزمارات التي لا تلهي.

واختلف فيما أجيز من ذلك، فقيل: هو من قبيل الجائز الذي يستوي فعله وتركه، وقيل: من الجائز الذي تركه أولى من فعله فهو من قبيل المكروه، وهو قول مالك في "المدونة[(٢)]": أكره الدفاف المعازف في العرس وغيره.

واختلف هل يجوز ذلك للرجال والنساء، وهو المشهور، وقول ابن القاسم في

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٧٢٨٨) ومسلم، برقم (٨٢٧).

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٠.

"العتبية": وقال أصبغ في "سماعه": إنما يجوز للنساء فقط.

أصبغ في "العتبية": وإذا ضرب النساء الدف، فلا يعجبني التصفيق بالأيدي، وهو أخف من غيره.

(ص): **(القسم والنشوز: ويجب القسم للزوجات دون المستولدات، والعبد والمجنون والمريض كغيرهم، فإن لم يقدر المريض أقام عند من شاء)**

(ش)، يعني: ويجب على كل من له زوجات أن يعدل بينهن؛ لقوله تعالى: ﴿فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ﴾ [النساء: ١٢٩]، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، المعنى: إن خفتم ألا تقدروا على العدل؛ فانكحوا واحدة أو ما ملكت أيمانكم، وذلك يدل على أن العدل واجب.

وروى الترمذي حديث أبي هريرة، أنه عليه الصلاة والسلام قال: "إِذَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ، فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ سَاقِطٌ"(١).

ابن بشير: وأجمعت الأمة على وجوب القسم من حيث الجملة.

وقوله: (دون المستولدات) لا أعلم فيه خلافًا.

قال في "المدونة(٢)": وليس لأم الولد مع الحرة قسم، وجائز أن يقيم عند أم ولده ما شاء ما لم يضار. ووقع في نسخة ابن عبد السلام هنا: والأولى العدل وكف الأذى، ومعناه: القسم، وإن لم يكن واجبًا بين الزوجة والمستولدة، إلا أن الأولى ما ذكره، قال: وظاهر " المدونة " أن كف الأذى ليس من باب الأولى، وإنما هو واجب، وذكر ما ذكرناه عنها، ولم يقع ما زاد ابن عبد السلام عن المصنف عندنا.

قوله: (والعبد والمجنون) هكذا وقع في أكثر النسخ بنونين، وفي بعضها بياءين، والحكم في الجميع سواء.

وقوله: (فإن لم يقدر المريض أقام عند من شاء) لما خرّجه أبو داود، أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ إِلَى نِسَائِهِ - يَعْنِي: فِي مَرَضِهِ - فَاجْتَمَعْنَ، فقال: "إِنِّي لا أَقْدِرُ أَنْ أَدُورَ بَيْنَكُنَّ، فَإِنْ رَأَيْتُنَّ أَنْ تَأْذَنَّ لِي فَأَكُونَ عِنْدَ عَائِشَةَ فَعَلْتُنَّ"(٣)، فَأَذِنَّ لَهُ.

وهذا منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنما هو تشريع لأمته، وتطييب لقلوبهن، وإلا

---

(١) أخرجه الترمذي، برقم (١١٤١).

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧١.

(٣) أخرجه أبو داود، برقم (٢١٣٧).

فالقسم عليه ليس واجبًا على ما نص عليه العلماء.

(ص): (**والصغيرة الموطوءة، والمريضة، والجذماء، والرتقاء، والحائض، والنفساء، والمحرمة، والمولي منها، والمظاهر منها، وشبههن كغيرهن...**)

(ش)، يعني: أن من قام بها مانع لا يسقط حقها، وسواء كان المانع شرعيًّا؛ كالظهار، أو عقليًّا؛ كالرتقاء، وكلامه ظاهر.

(ص): (**وعلى وَلِيِّ المجنون أن يطوف به عليهن**)

(ش): لما قدم أن المجنون، بيّن أن ذلك على الولي؛ لأنه كالناظر في مصالحه.

(ص): (**أما الواحدة فلا يجب المبيت عندها**)

(ش): هكذا في "الجواهر"، زاد: ولكن يستحب ذلك ليحصنها، وهذا مقيد بعدم الضرر.

فرع:

ولو خاصمها الرجل في الجماع:

ففي "الطرر " عن المشاور: أنه يقضى له عليها بأربع مرات في الليل، وأربع مرات في اليوم.

ونقله صاحب " المعيد"، عن عبد الله بن الزبير، ونقل عن المغيرة: أنه يفرض له أربع مرات بين اليوم والليلة، وعن أنس بن مالك: أنه يفرض له عليها عشر مرات في اليوم والليلة.

(ص): (**ولا يدخل على ضرتها في زمانها إلا لحاجة، وقيل: إلا لضرورة**)

(ش)، يعني: أنه ليس له أن يأتي في يوم واحدة ليقيم عند غيرها، واختلف هل يدخل لقضاء حاجة؟

فأجاز مالك في "الموازية": أن يأتي عابرًا أو لحاجة أو ليضع ثيابه عندها، وليس عند الأخرى شيء من ثيابه إذا كان منه ذلك علي غير ميل ولا ضرر، وقال أيضًا: لا يقيم عند إحداهن إلا عن عذر لا بدّ منه من اقتضاء دين أو تجارة أو علاج.

ابن الماجشون: ولا بأس أن يقيم بباب إحداهما يسلم من غير أن يدخل، وأن يأكل ما تبعث به إليه.

واختلف إذا أغلقت إحداهما بابها دونه؛ فقال مالك في "الموازية": إن قدر أن يبيت في حجرتها، وإلا ذهب إلى الأخرى.

وقال أبو القاسم: لا يذهب إلى الأخرى وإن كانت هي الظالمة.

أصبغ: إلا أن يكثر ذلك منها، ولا مأوى له سواهما.

(ص): **(ويبدأ بالليل اختيارًا، ولا يزيد على يوم وليلة إلا برضاهن إلا أن يتباعد بلداهما فيقسم على ما يمكنه...)**

(ش): قال مالك في "الموازية": له أن يبدأ بالليل قبل النهار وبالنهار قبل الليل.

الباجي: لأن الذي عليه أن يكمل لكل واحدة يومًا وليلة، قال: والأظهر من قول أصحابنا يبدأ بالليل.

محمد، عن مالك: ولا يجوز أن يقسم لكل واحدة يومين، ولو جاز لجاز ثلاثة وأربعة.

قوله: (إلا برضاهن إلا أن يتباعد...... إلخ) ظاهر التصور، ونحوه في الباجي و"الجواهر".

(ص): **(ولا يجمع بين ضرتين في مكان)**

(ش): أما الجمع بينهما في دار واحدة، ويكون لكل واحدة منزل فذلك من حقهن، فيجوز إذا رضيا.

اللخمي والمتيطي: ولا يطأ واحدة وفي البيت أخري، ولا يجوز أن يصيب الرجل زوجته أو أمته وفي البيت أحد يقظان أو نائم.

واختلف في جمع المرأتين في فراش واحد من غير وطء برضاهن، فمنعه مالك في كتاب محمد، وكرهه ابن الماجشون.

واختلف أيضًا في الإماء، فمنعه مالك في "الموازية"، وكرهه مرة، وقال ابن الماجشون: لا بأس به بخلاف الحرتين، ومنع محمد بن سحنون: أن يدخل الحمام بزوجتيه جميعًا، وأجازه بالواحدة.

(ص): **(ولا يستدعيهن إلي بيته على التناوب إلا برضاهن)**

(ش): لأن من حقهن أن يأتي إليهن فإن أسقطنه جاز، وقد كان صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع جلالة قدره، يدور على نسائه.

(ص): **(وليست التسوية في الوطء بواجب ما لم يقصد الضرر، وكذلك لو كَفَّ لتتوفر لذته في الأخرى...)**

(ش): بل يبقى على سجيته فمن دعته نفسه إليها أتاها؛ ولأن الوطء ينشأ عن

المحبة، والمحبة لا تدخل تحت الاختيار، ومن الضرر الممنوع إذا دعته نفسه فكف لتتوفر لذته في الأخرى.

وهل يتطوع لواحدة بأكثر مما يجب لها من النفقة والكسوة؟

فاختاره ابن حبيب، وقال مالك في "الموازية": لا بأس أن يكسو إحداهما الخز والحلي، ما لم يكن على وجه الميل، وقال أيضًا: لا بأس بالشيء اليسير ما لم يكن على وجه الميل.

اللخمي: وهو أحسن، ولا تجب المساواة بينهما في النفقة والكسوة؛ لأن إحدهما قد تكون ذات قدر ومنصب.

(ص): (وإذا تجدد نكاح بكر بات عندها سبعًا، والثيب ثلاثًا، سواء الحرة والأمة، والمسلمة والكتابية، ولا يُقْضَى...)

(ش): لما في "الصحيحين " عن أنس قال: "إِذَا تَزَوَّجَ الْبِكْرَ عَلَى الثَّيِّبِ أَقَامَ عِنْدَهَا سَبْعًا، وَإِذَا تَزَوَّجَ الثَّيِّبَ أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلاثًا"، قَالَ خَالِدٌ الحَذَّاءُ: وَلَوْ قُلْتُ: رَفَعَهُ لَصَدَقْتُ، وَلَكِنَّهُ قَالَ: "السُّنَّةُ كَذَا"[1].

وفي "الموطأ " أَنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لأُمِّ سَلَمَةَ حِيْنَ تَزَوَّجَهَا وَأَصْبَحَتْ عِنْدَهُ: "لَيْسَ بِكِ عَلَى أَهْلِكِ هَوَانٌ، إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ، وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ، وَدُرْتُ"[2]، فَقَالَتْ: ثَلِّثْ.

ابن عبد البر: وهو حديث متصل صحيح. قال صاحب " الإكمال " وغيره: والمراد بالأهل في قوله عليه الصلاة والسلام: "لَيْسَ بِكِ عَلَى أَهْلَكِ"، هو صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

المتيطي: والمشهور أن هذا إنما يكون إذا كانت عنده امرأة غيرها، وقد يفهم ذلك من قول المصنف: (تجدد)، وحكى أبو الفرج عن مالك: أن ذلك لها وإن لم يكن عنده غيرها، وقاله ابن عبد الحكم.

وقوله: (سواء الحرة والأمة، والمسلمة والكتابية)، ظاهر قوله: (ولا يقضى) أي: لبقية نسائه مثل ما مكث عند الجديدة.

(ص): (وفي القضاء لها به قولان)

---

(١) أخرجه البخاري، برقم (٤٨٤٠) ومسلم، برقم (١٤٦٣).

(٢) أخرجه مالك، برقم (١١٢٣).

وأخرجه أيضا مسلم، برقم (١٤٦٠) وأبو داود، برقم (٢١٢٢).

(ش): حكى ابن الجلاب وعبد الوهاب في كون الإقامة المذكورة حقًّا للزوج للاستمتاع بالجديدة، أو حقًّا لها لتزيل ما عندها من الوحش بمفارقة أهلها روايتين.

عبد الوهاب: وفائدة ذلك أنها إن كانت له جاز له فعله وتركه، وإن كانت حقًّا لها لم يجز له تركه إلا بإذنها.

وحكى ابن القصار: أنها لهما جميعًا.

قال الباجي: وإذا قلنا أنها حق للزوجة هل يقضي بها؟

قال محمد، عن أصبغ: هو حق عليه، ولا يقضى بها عليه كالمتعة.

وفي "النوادر"، عن محمد بن عبد الحكم: يقضى بها عليه.

والذي ذهب إليه ابن القاسم في "المدونة[1]"، واختاره اللخمي وغيره: أنها حق لازم على الرجل للمرأة.

(ص): **(وفي إجابة الثيب إلى سبع قولان، وعلى الإجابة يقضي سَبْعًا سَبْعًا)**

(ش): القول بعدم الإجابة، رواه ابن المواز عن مالك.

والإجابة؛ حكاها القاضي أبو الحسن، قال: وإذا اختارت السبع قضى لسائر نسائه سبعًا سبعًا، لقوله عليه الصلاة السلام: "إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ، وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ"[2].

اللخمي: وبهذا قال أنس بن مالك، والشافعي، والنخعي، وابن حنبل، وإسحاق.

ونقل ابن عبد السلام عن جماعة من محققي أهل العلم أنهم فهموا الحديث على أنه إن شئت سبعًا عندك بعد الثلاث؛ لأنه لو حسب الثلاث في السبع، ثم قضى لهن سبعًا سبعًا، لم يكن للجديدة شيء اختصت به، ويدل عليه أن في بعض طرق الحديث أم سلمة، أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما تزوجها أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلاثًا، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَدُورَ فَأَخَذَتْ بِثَوْبِهِ، فَقَالَ: "مَا شِئْتِ، إِنْ شِئْتِ زِدْتُكِ ثُمَّ قَاصَصْتُكَ بِهِ بَعْدَ الْيَوْمِ"[3].

وله بعد التسبيع والتثليث أن يبدأ بأيهما أحب.

ابن المواز: أحب إليّ أن يبدأ بالقديمة.

ابن يونس: وقاله مالك في القادم بإحداهن من سفر.

ولا يتخلف العروس في هذه المدة عن الجماعة والجمعة.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧١.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (١٤٦١) ومالك في الموطأ، برقم (١١٢٣).

(٣) أخرجه مسلم، برقم (١٤٦١) والحاكم في المستدرك: ١٧/٤.

ابن يونس: ويتصرف في حوائجه.

وقال بعض الناس: لا يخرج وذلك حق لها عليه، وتأوّله في "تهذيب الطالب"، فقال: يريد أنه لا يخرج لصلاة الجماعة، أما الجمعة فلا يدعها؛ لأنها فرض عين.

(ص): (**والمشهور التسوية بين الحرة والأمة، وقال ابن الماجشون: رجع مالك إلى ليلتين للحرة...**)

(ش): المشهور هو اختيار ابن القاسم في "المدونة[1]".

(ص): (**وإذا ظلم في القسم فات، فإن كان بإقامة عند غيرها كفوات خدمة المعتق بعضه بأبق، واستقرأ اللخمي في من له أربع نسوة فأقام عنه إحداهن شهرين، ثم حلف لا يطأها ستة أشهر حتى يوفيهن، أنه ليس بمول، إذا قصد العدل أنه لا يفوت....**)

(ش): القول بالفوات مذهب " المدونة[2]"، وهو المنصوص؛ لأن من حجة المقيم عندها أن تقول ليس الظلم من قبلي، وحقي في القسم ثابت.

وقوله: (فإن كان بإقامة عند غيرها) مبالغة؛ لأن ظلمه على وجهين:

أحدهما: أن يذهب بيوم إحداهما، ولا يمضي إلى الأخرى.

والثاني: أن يمضي إلى الأخرى.

وتخريج اللخمي إنما في الثاني، فأشار المصنف إلى أنه لا فرق بينهما على المنصوص.

والمسألة التي استقرأ منها اللخمي في "السليمانية"، وهي إذا كان عنده أربع نسوة فأقام عند إحداهما شهرين، وأراد أن يدور على البواقي، فقالت التي أقام عندها شهرين: لا تزيد على ليلة، فحلف لا يطأها ستة أشهر حتى يوافي البواقي، فقال مالك: ليس بمول؛ لأنه لم يرد الضرر، وإنما أراد العدل.

اللخمي: فلو لم يلزم القضاء لكان موليًا، ورد بأنه لم يقصد الضرر بذلك بل أراد العدل، فيكون كمن حلف ألا يطأ زوجته حتى تفطم ولدها، وأجيب بأن المرضع يعود النفع إلى ولدها بخلاف هذه.

وقوله: (أنه لا يفوت) مفعول باستقراء.

(ص): (**وإذا وهبت واحدة يومها لضرتها فللزوج الامتناع لا للموهوبة**)

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٢.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٢.

(ش): له الامتناع؛ لأنه قد يكون له غرض في هذه والحق له، وفي "الصحيح": "أن سودة لما كبرت جعلت يومها من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعائشة، فكان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقسم لعائشة يومين يومها ويوم سودة"(١).

(ص): **(فإن وهبت الزوج قدرت كالعدم ولا يخصص هو)**

(ش)، يعني: إذا وهبت لضرتها بقية أيام القسم على حالها، ويكون للموهوبة يومان، وأما إذا وهبت للزوج فإنها تكون كالعدم فلا يخصص هو بذلك اليوم غيرها، فإن كانت النسوة أربعًا، كان أيام القسم في المسألة الأولى أربعة على حالها، وفي الثانية ثلاثة، وينبغي إذا وهبت للزوج أن تُسْئَل هل أرادت الإسقاط أو تمليك الزوج؟ فإن أرادت الثاني؛ فله أن يخصص بيومها من يشاء.

(ص): **(ولها الرجوع متى شاءت)**

(ش)، يعني: في الصورتين.

اللخمي: وسواء كانت الهبة مقيدة بوقت أو للأبد؛ لأن ذلك مما تدركها فيه الغيرة، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت إلا أن يكون اليوم أو اليومين.

واختلف في بيعها اليوم وشبهه؛ فقال مالك في "الموازية": لا أحب أن تشتري من صاحبتها يومًا ولا شهرًا، وأرجو أن يكون في ليلة خفيفًا.

قيل له: فإن أرضى إحدى امرأتيه بشيء أعطاها ليومها ليكون فيه عند الأخرى، فقال: إن الناس لا يفعلون ذلك وغيره أحب إلي، وإن أذنت له أن يطأ الأخرى في يومها؛ فلا بأس.

ابن عبد السلام: والأقرب جواز البيع، ولو طلب إذنها في إجبار غيرها فلم تأذن له فيخيرها بين الطلاق وألا بيات عليها فأذنت له بسبب ذلك، ففي ذلك قولان.

خليل: وانظر هل يقيد رجوعها في هذه المسألة بما إذا لم تدخل ضرتها الأخرى في شيء، كما قالوا في اعتصار الأب ما وهب لولده.

(ص): **(وإذا أراد سفرًا بإحداهن، فثالثها: إن كان غزوًا أو حجًّا أقرع، وإلا اختار)**

(ش)، يعني: وإذا أراد أن يسافر فهل لا بدّ من القرعة، وهي رواية ابن عبد الحكم، لما روي: "أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ إِذَا هَمَّ بِسَفَرٍ يُقْرِعُ بَيْنَ نِسَائِهِ"(٢)، أو له أن يختار

---

(١) أخرجه مسلم، برقم (١٤٦٥).

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري، برقم (٢٥٩٤) ومسلم، برقم (٢٤٤٧).

وهو أيضًا مروي عن مالك؛ لأن المصلحة قد تكون في إقامة إحداهن، إما لثقل جسم، أو لكثرة عيالها، أو لحفظها لماله، إلى غير ذلك.

ابن بشير متممًا لهذا القول: إلا أن يكون في السفر عليها معرة ومضرة فلا يجبرها عليها، أو يقرع في الحج والغزو دون غيرها، وهو أيضًا لمالك.

وظاهر " المدونة[1]": أنه لا يُقرع إلا في الغزو فقط لقوله فيها: وإن سافر لحاجة أو حج أو غزو سافر بأيتهن شاء بغير قرعة، إذا كان على غير ضرر ولا ميل، وإن كانت القرعة في الغزو وحده، لما روي أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فعله فيه، فيتحصل في المسألة أربعة أقوال، لكن فهم صاحب " البيان " وغيره " المدونة " على أنه يختار مطلقًا، فلا يكون في المسألة إلا ثلاثة أقوال، وطريق عبد الوهاب تخالف هذه، فإنه قال: إن كانت إحداهن تصلح دون الأخرى، كان له الاختيار، وإن كن كلهن يصلحن، فإن كان سفر حج أو غزو أقرع، وفي سفر التجارة روايتان، ولا يحاسب من سافر بها بعد رجوعه بل يبتدئ القسم.

(ص): (**وإذا نشزت؛ وعظها، ثم هجرها، ثم ضربها ضربًا غير مخوف، فإن ظن أنه لا يفيد لم يجز ضربها أصلا...**)

(**ش**): لقوله تعالى: ﴿وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُن﴾ [النساء: ٣٤] الآية، ولما كان في الآية حذف مضاف، والتقدير: تخافون ضرر نشوزهن.

قال المصنف: (وإذا نشزت) ولا يقال عطفه بـ(ثم) مخالف للآية للعطف فيها بالواو، والمقتضية لجواز الجمع؛ لأن العطف في الآية باعتبار جماعة النسوة، فمنهن من يصلحهن الوعظ، ومنهن من يصلحهن الهجران، ومنهن من لا يصلحهن إلا الضرب.

وتقييد المصنف الضرب بأن يكون (**غير مخوف**) صحيح، وإذا غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد لم يجز له ضربها؛ لأن المقصود صلاح الحال، والوسيلة عند ظن عدم مقصدها لا تشرع.

عياض: والنشوز: الامتناع من الزوج والاستعصاء عليه، والنشوز أصله الارتفاع،

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٣.

والنشز: ما ارتفع من الأرض، والنشوز يطلق على الرجل والمرأة، قال الله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا﴾ [النساء: ١٢٨].

(ص): **(فإن كان العدوان منه زجر عنه)**

(ش)، أي: زجره الحاكم، وأما إن كان العدوان منها، فإن رجا الحاكم إصلاحًا زجر الزوج كما تقدم وإلا زجرها هو، وإن كان العدوان منهما فإن الإمام يزجرهما.

(ص): **(فإن أشكل ولا بيّنة ولم يقدر على الإصلاح أقام الحاكم أو الزوجان أو من يلي عليهما حكمين...)**

(ش): قوله: (ولا بينة): لأنه لو قامت لها بينة أنه يضر بها كان لها أن تفارق.

ابن الهندي في "وثائقه الكبرى": ولها تطليق نفسها، وإن لم تشهد البينة بتكرر الضرر، وقيل: ليس لها ذلك حتى تشهد بتكراره، فإن لم تقم بينة وادَّعى كل واحد إضرار صاحبه زجرا معًا، فإن تكرر ترددهما أمره القاضي أن يسكنها بين قوم صالحين وكلفهم تفقد خبرها، وإن كان ساكنًا بها بين قوم هذه صفتهم لم يكلفهم نقلها عنهم، وليس عليه أن يرحلها من البادية إلى الحاضرة، ولا من طرف المدينة إلى وسطها، إلا أن لا يجد فيمن حولهما من يضمها إليه، وإن شكت الواحدة ضمت إلى الجماعة والأمن إلا أن يتزوجها على ذلك، ثم إن خفي عن الإمام الخبر وطال التكرر، ولم يتبين الظالم، فظاهر المذهب هو الظاهر في النظر أنه يعمل بأمينة بل بالحكمين، والأصل في ذلك قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].

قيل: ولا يكون الحكمان معهما ملازمين، وإنما يدخلان عليهما المرة بعد المرة، قال جماعة: والآية محكمة.

المتيطي وغيره: ولم يترك العمل بها غير يحيى بن يحيى.

ابن عبد البر في "تاريخه": وكان ذلك مما ينكر عليه، وتابعه عليه ولده عبيد الله، وأنكر بعث الحكمين على من استفتاه فيه من القضاة، وقال: لم يحكم بذلك أحد ممن كان قبلك من أئمة العدل، وجهل فإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حكم بذلك ذكره ابن حبيب، وبعث عثمان في ذلك عليًّا ومعاوية، رواه ابن وهب عن ربيعة في "المدونة[١]".

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٣.

وقال في الكافي: يحيى بن يحيى يفتي في الحال التي يحتاج فيها إلى إرسال الحكمين بدار أمين، وجرى العمل بذلك عندنا.

خليل: وفيه نظر، وكيف يعمل بغير مقتضى الآية ويترك مدلولها، ودعوى النسخ ضعيفة فإنه لم يثبت، وقال بعض من الأندلسيين من أصحابنا ممن وافق على الحكمين: بأنه يعمل بقول أمينة أو أمين قبلهما.

ونقل عن مطرف، وأصبغ، وابن دينار: ويقضي بذلك عليهما، وقال غيره: لا يقضى بذلك، وإنما يكون إذا اتفق الزوجان ونفقتهما عند من يقول بهما على الزوجين.

قيل: وإن وجه الإمام أمينة، فإنه يقبل قولها وحدها وهي ضرورة، ونقل في "الطرر" عن المشاور: أن الزوج إذا ادّعى أنها تضر به، ودعي إلى دار أمين كان ذلك له بأي وجه ادّعاه.

قوله: (أو من يلي عليهما) أي: الأبوان أو الوصيان، وليس للعصبة في ذلك مدخل، ومذهبنا: أن للحاكم وللزوجين ولمن يلي عليهما إقامة الحكمين.

وفي "المدونة[1]": قال ربيعة: لا يبعثهما إلا السلطان.

(ص): (ذكرين حرين عدلين فقيهين بذلك حَكَمًا من أهله، وَحَكَمًا من أهلها)

(ش): لا شك إذا اجتمعت في الحكمين هذه الصفات أن يجوز تحكيمهما، وأما إذا اختل بعضها؛ ففي "المدونة[2]": لا يجوز في ذلك تحيكم عبد ولا صبي ولا مشرك أو سفيه أو امرأة ولو بعثها الإمام؛ لأن ذلك خارج عما أراده الله تعالى من الإصلاح إلى الضرر وهو لا يجوز منهم اثنان فيكف بواحد؟

ثم قال: ولو حكم الزوجان من ذكرنا أنه لا يحكم ففرّق؛ لم يمض ذلك ولا يكون طلاقًا؛ لأن ذلك لم يكن على وجه تمليك الطلاق، ويدل على ذلك دخول الزوجة فيه بتحكيمهما، ولا مدخل للزوجة في تمليك الطلاق.

وروي عن عبد الملك، وأشهب، وأصبغ: أن تحكيم المرأة والعبد العارفين المأمونين جائز، وحكمهما لازم ما لم يكن خطأ بينًا.

وقال ابن المواز: يمضي حكم المسخوط، وحكى في تحكيم المرأة والعبد والصبي الذي يعقل ثلاثة أقوال: الجواز، والمنع في العبد خاصة، ولا خلاف أن

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٤.

(٢) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٤.

النصراني والصبي المسلم الذي لا يعقل لا يجوز تحكيمهما.

(ص): **(فإن لم يوجد أحدهما أو كلاهما فَمِنْ غيره)**

(ش)، أي: فإن لم يوجد أحد الحكمين على هذه الصفة من أهلها أو لم يوجدا معا.

(فمن غيره) أي: غير الأهل، وظاهر كلام المصنف وهو ظاهر الآية أن كونهما من الأهل شرط واجب، وقد نص المتيطي على ذلك، وتردد اللخمي في نقض الحكم إذا حكَّم القاضي أجنبيين مع وجود الأهل.

ابن عبد السلام: وقال بعض الشيوخ: أن هذا الشرط وكونهما فقيهين من شروط الكمال.

(ص): **(ويجوز أن يقيم الزوجان أو الوليان خاصة واحدًا على الصفة لا على غيرها)**

(ش): ما ذكره من أن للوليين إقامة الواحد مخالف للباجي، فإنه نص أن إقامة الواحد خاص بالزوجين، قال: ولا يجوز ذلك للسلطان ولا لولي اليتيمين؛ لأن في ذلك إسقاطًا لحق الزوجين.

وقال اللخمي: للسلطان أن يحكَّم رجلا أجنبيًا؛ لأنه إنما جُعل رجلان إذا كانا من الأهل، لأن كل واحد يستبطن علم من هو من قبله، فإذا خرجا عن أن يكون من الأهل أجزأ واحد، وأجزأت امرأة على الأصل.

ففي "الأحكام": إنها تجزئ بالواحد، وفي هذا أيضًا مخالفة لكلام المصنف لكونه جعل للسلطان إقامة واحد، والمصنف منع ذلك لقوله: (خاصة)، فإن قيل: لم جاز هنا تحكيم واحد، ولم يجز في تحكيم جزاء الصيد إلا اثنان، وقد جاء النص بتحكيم اثنين في الموضعين؟

فالجواب: أن جزاء الصيد حق لله تعالى فلم يجز إسقاطه، والتحكيم هنا حق للزوجين فكان لهما إسقاطه.

(ص): **(وَيُسْتَحَبُّ أن يكونا جارين)**

(ش)، يعني: سواء كانا من الأهل أو من غيرهم؛ لأن الجيران لا يخفى عليهم في الغالب أمرهما.

(ص): **(وغير المدخول بها كذلك)**

(ش)، أي: في النشوز وإقامة الحكمين؛ لأن الآية عامة في الزوجين، لكن الغالب إنما يحصل ذلك في المدخول بها، ونص في "المدونة[١]" و"الموازية " على ما ذكره المصنف.

واحتج بعضهم على صحة قول ابن لبابة في التي شرط لها زوجها في عقد نكاحها ألا يضربها، فإن فعل فأمرها بيدها فقامت عليه بذلك قبل الدخول بها، قال ابن لبابة: لها الأخذ بشرطها، وقال غيره من معاصريه: ليس لها الأخذ بذلك.

(ص): **(وهما حَكَمَانِ ولو كانا من جهة الزوجين لا وكيلان على الأصح)**

(ش): يدل على أنهما حكمان دخول الزوجة في التحكيم، وهي ليس لها من الطلاق شيء حتى توكل عليه.

ابن راشد: ولم أقف على القول بأنهما وكيلان، انتهى.

وحكاه في "الجواهر " ابن عبد السلام، ولعل محل الخلاف إن ثبت أن حكمهما الزوجان لا القاضي.

(ص): **(فَيَنْفُذُ طلاقهما من غير إِذْنِ الزوج وحُكْمِ الحاكم)**

(ش): لأن حكم الحاكم لا يتوقف على رضى المحكوم عليه.

(ص): **(وعليهما أن يُصْلِحَا، فإن لم يَقْدِرَا، فإن كان المسيء الزوج فرَّقا بينهما، وإن كانت الزوجة ائتمنَّاه عليها أو خالعا له بنظرهما، وإن كانت منهما خالعا له بما يخف بنظرهما...)**

(ش)، يعني: أنهما ينظران أولا بالإصلاح والألفة وحسن المعاشرة، وإن لم يمكنهما ذلك انتقلا إلى الفراق، قال جماعة: ولا يعذر الحكمان قبل حكمهما.

ابن رشد: لأنهما لم يحكما في ذلك بالشهادة القاطعة، وإنما يحكمان بما خلص إليهما بعد النظر.

قوله: (فإن كان المسيء الزوج فرقا بينهما) يريد: من غير أن يسقطا شيئًا من الصداق، وقاله اللخمي وغيره.

وفي "الكافي": ليس لهما أن يأخذا من الزوج على أن يطلق، وقد قيل ذلك جائز.

قوله: (وإن كانت الزوجة) أي: فإن كان المسيء الزوجة فقط ائتمناه عليها

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٥.

وتقرّ عنده.

اللخمي: إلا أن يحب هو الفراق فيفترقان ولا شيء لها من الصداق. وقال عبد الملك في "المبسوط": ولو حكما عليها بأكثر من الصداق جاز ذلك إذا كان سدادًا.

وقوله: (وإن كانت منهما) أي: الإساءة خالعا له بما يخف بنظرهما، كقول ربيعة في "المدونة[1]": أعط الزوج بعض الصداق. واختلف في قول ربيعة: هل هو وفاق المذهب؟

فقال أبو عمران: معنى ظلمه لها في هذا الوجه، أي: بدعواها ولم يثبت ذلك، ولو ثبت ظلمه لم يجز أن يأخذ منها شيئًا على الفراق، ولو حمل كلام ربيعة على ظاهره كان مخالفًا للمذهب، فقد قال بعض شيوخ إفريقية: لا يجوز أن يخالع الرجل زوجته على أن يأخذ منها إذا كان الضرر منهما جميعًا، وهو منصوص لعلمائنا وخالفه الأكثرون منهم، وحمل كلامه على ظاهره، ورآه موافقًا للمذهب، وأشار اللخمي إلى أنه إن كان ضررهما متساويًا أخذ له نصف الصداق، وإن كان الإضرار منها أكثر أخذ منها أكثر من ذلك، وفرّق بين ما أشار إليه أبو عمران هنا، وبين الخلع بأن الحكم ها هنا بغير الزوجين يحكمان في ذلك بالاجتهاد بخلاف الخلع.

فرع:

قال في "الموازية": وإذا تنازع أحد الزوجين أو نزعا جميعًا قبل حكم الحكمين بذلك لمن نزع إلا أن يكون السلطان هو الباعث، أو يكون النزوع بعد أن استوعبا الكشف عن أمرهما وعزما على الحكم، فلا يعتبر نزوع من نزع ويلزمه الحكم.

ابن يونس: لعله يريد إذا نزع أحدهما وأما لو نزعا جميعًا ورضيا بالإصلاح والبقاء، فينبغي ألا يفرق بينهما.

وذكر بعضهم قولين في نزوع الزوجين قبل الحكم بخلاف نزوعهما بعده.

(ص): **(وإذا حكما بأكثر من واحدة لم يلزم الزائد)**

(ش): وفي بعض النسخ (وقيل: يلزم).

وقوله: (يلزم الزائد) أي: وإنما تلزم واحدة.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٥.

قال في "المدونة[1]": لأن ما زاد على الواحدة خارج عن معنى الصلاح.

المتيطي وابن راشد: وقال ابن القاسم في "الموازية": يلزمه ما أوقعا عليه، وإن كان ثلاثًا إذا اجتمعا على ذلك، وقاله أصبغ.

وروى مطرف، عن مالك في "ثمانية أبي زيد": إذا اجتمعا على أكثر من واحدة لم يلزم الزوج شيء، يريد: لأنهما قضيا بغير المشرع، وبنى الباجي القولين على الخلاف في العبد يتزوج بغير إذن السيد فيفرق بينهما بثلاث، والأمة تعتق تحت العبد فتختار نفسها بثلاث، هل يلزم البتات أو واحدة؟

(ص): (**وإذا طلقها واختلفا في الخلع؛ فللغارم المنع**)

(**ش**): الغارم هو المرأة. اللخمي: ولا يلزم الزوج طلاق.

عبد الملك: إلا أن تعطي له الزوجة المال، فيلزم الزوجة الطلاق وتبين بذلك، ويجري فيها قول آخر: لا يلزمه الطلاق ولو أمضت له المال، قياسًا على اختلاف الحكمين في العبد، فقال ابن القاسم: لا يجزئه وإن أخرج ما حكما به، وكأنه أخرج بغير حكم؛ لأن الحكم لم يصح.

(ص): (**وفي العدد: مشهورها واحدة، وثالثها: إن كان المخالف حَكَمَ باثنين أو ثلاث فواحدة، وإن حكم بالبتة وشبهها لم يلزم شيء...[2]**)

(ش)، يعني: فإن اختلف الحكمان في عدد الطلاق، فحكم أحدهما بواحدة، والآخر باثنين أو ثلاث أو البتة، ففي ذلك **ثلاثة** أقوال:

المشهور: لزوم الواحدة؛ لأنهما قد اجتمعا عليها، وبناء على أن البتة تتبعض.

والثاني: عدم اللزوم؛ لأنهما لم يتفقا.

والقول الثالث: إن حكم **المخالف** باثنتين أو **ثلاث**، فكالمشهور واحدة، وإن حكم بالبتة لم يلزم **شيء** بناء على أنها لا تتبعض.

تنبيه:

ذكر المتيطي: أن الحاكم إذا وجه الحكمين، وحكما بالطلاق أنهما يأتيان الحاكم ويخبرانه بما حكما به فينفذ حكمهما، قال: وكذلك ينبغي لمن استحلفه على **شيء** أن يخبره.

---

(١) المدونة الكبرى: ٢ / ٢٧٦.

(٢) انظر: جامع الأمهات: ١/٢٨٧.

بعض الموثقين: ورأيت لابن العطار وغيره من الموثقين أنهما يشهدان بذلك عند القاضي، ولست أرى ذلك؛ لأن طريقهما الحكم ليس الشهادة.

وحكى ابن عبد السلام، عن بعضهم: أنه يثبت عند القاضي بشهادتهما أنهما رأيا اتفاقًا وأنهما حَكَمَا بكذا، وعن غيره: إنما يثبت ذلك بشهادة شاهدين عدلين يحضران إصلاحهما للقاضي بذلك.

فهرس المحتويات

AL-TAWḌĪḤ
ŠARḤ MUḪTAṢAR IBN AL-ḤĀJIB

by

Al-šayḫ Ḫalīl ben Isḥāq al-Māliqi

Edited by

Muḥammad ᶜUṯmān

Volume III

